

المستشار
عبد عزي البكري
رئيس محكمة الاستئناف

قِسْمَةُ الْمَالِ الشَّائِعِ وَأَحْكَامُ دَعْوَى الْفَرَزِ وَالتَّجْنِيبِ فَقْهًا وَقَضَاءً

الطبعة الثانية

١٩٩٣

دار محمود ديجي للنشر والتوزيع

٩ ش. سامي البارودي (حسن الأكبر سابقاً)

باب الخلق - ت ٣٩٢٨٦١٨

المستشار
مُحَمَّد عَزِيّزُ الْبَكْرِي
رئيس محكمة الاستئناف

قِسْمَةُ الْمَالِ لِشَائِعٍ وَأَحْكَامِ دَعْوَى الْفَرَزِ وَالْجَنْبِ فَقْهًا وَقَضَاءً

الطبعة الثانية

١٩٩٣

دار محمود دُرَيْج للنشر والتوزيع

٩ ش. ساي البارودي (حسن الأكبر سابقاً)

باب الخلق - ت ٣٩٢٨٦١٨

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة الطبعة الثانية

صدرت الطبعة الأولى من هذا الكتاب ونفذت بعون الله تعالى في أشهر قليلة وحرصا منا على أن يكون الكتاب متدولاً بالأسواق في أسرع وقت ممكن ، رأينا إصدار هذه الطبعة بطريقة التصوير .
والله ولي التوفيق

المؤلف المستشار

محمد عزه البكرى

رئيس محكمة الاستئناف

تقديم

للملكية الشائعة مساوى، اجتماعية واقتصادية كثيرة - منعرض لها
فى الكتاب - تجعل الاستمرار فيها أمرا غير مرغوب فيه ، بل أصبحت
سيلا الى التشاحن والتناحر بين الملاك المتناعين .

ولا مرا، فى أن القسمة - اتفاقية او قضائية - هى السبب الرئيسى
لإنقضاء الشيوع والتخلص من مضاره .

وقد عالجا موضوع قسمة المال الشائع - بما فيه احكام دعوى الفرز
والتجنيب - فى هذا الكتاب من الناحيتين النظرية والتطبيقية ، فقد عرضنا
فيه لآراء الفقه القديم والحديث ، كما زدناه بكافة الأحكام الصادرة من
محكمة النقض منذ انشائها حتى الآن .

وكان منهجنا فى الكتاب هو التبسيط والوضوح ، تيسيرا لهمة
الباحث وحرصا على وقته .

والله اسأل أن يكون هذا الجهد نافعا ومثمرا ؟

المؤلف

المستشار

محمد عزمى البكرى

رئيس محكمة الاستئناف

طنطا : ١٦ ش محب

ت : ٣١٤٢٣١

موضوع رقم (١) أحكام عامة في قسمة المال الشائع

١ - المقصود بالملكية الشائعة :

تنص المادة ٨٢٥ من التقنين المدني على أنه : (إذا ملك اثنان أو أكثر شيئاً غير مفرزة حصة كل منهم فيه ، فهم شركاء على الشيوع ، وتحسب الحصص متساوية إذا لم يتم دليل على غير ذلك) .

وهذه المادة تتحدث عما يسمى بالملكية الشائعة أو الملكية على الشيوع أو الملكية في الشيوع . ويتضح منها أن الملكية الشائعة تقع على مال معين بالذات يملكه أكثر من شخص واحد . وتتناول هذه الملكية المال الشائع غير منقسم .

أما حق كل شريك فيقع على حصة شائعة في المال ، ومن ثم يكون محل حق الشريك هو الحصة الشائعة ، فحق الملكية على المال الشائع هو الذي ينقسم حصصاً دون أن ينقسم المال في ذاته (١) .

وقد جاء بملذكرة الشروع التمهيدى للتقنين المدني أنه :

(عرفت المادة ١١٩٣ الملكية الشائعة . ويتبين من التعريف أن هذه الملكية وسط بين الملكية المفردة والملكية المشتركة . فالحصة التي يملكها الشريك في الشيوع شائعة في كل المال لا تتركز في جانب منه بالذات ، وهذا ما يميز الملكية الشائعة عن الملكية المفردة . والشئ المملوك في

(١) الدكتور عبد الرازق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني ج ٨ الطبعة الثانية (طبعة نادي القضاة) ١٩٩١ ص ١٠٤٧ وما بعدها .

الشيوع لا يملكه الشركاء مجتمعين بل يملك كل شريك حصة فيه ، وهذا ما يميز الملكية الشائعة عن الملكية المشتركة (٢) .

ومصدر الشيوع قد يكون العقد ، كما اذا اشترى شخصان مالا على الشيوع ، وقد يكون الوصية كما اذا اوصى شخص لاثنتين بمال على الشيوع . وقد يكون اى سبب آخر من اسباب كسب الملكية ، وأكثر الاسباب انتشارا هو الميراث فان الورثة تنوزع حصصهم شائعة فى التركة .

وتحدد حصص الشركاء عند بدء الشيوع ، فاذا لم يكن هناك تحديد ، او كان هناك شك فى التحديد حسب الحصص متساوية (٣) .

وقد قضت محكمة النقض بان :

(متى كانت حصص كل من الشركاء فى المحل التجارى لم تفرز فهم شركاء على الشيوع وتحسب الحصص متساوية اذا لم تر المحكمة دليلا مقنعا على غير ذلك عملا بالمادة ٨٢٥ من القانون المدنى الجديد والتي قننت - على ما افصحت عنه المذكرة الايضاحية للقانون المذكور - ما كان معمولا به اثناء سريان القانون المدنى القديم) .

« طعن رقم ٥٧٦ لسنة ٣٤ ق - جلسة ٨ يناير سنة ١٩٧٠ »

ولمحكمة الموضوع ان تكون عقيدتها عن قيام حالة الشيوع التى يدعيها احد الخصام من اى دليل فى الدعوى دون ان تكون ملزمة بنسب خبر .

وفى هذا قضت محكمة النقض بان :

(لمحكمة الموضوع ان تكون عقيدتها عن قيام حالة الشيوع التى يدعيها احد الخصام من اى دليل فى الدعوى دون ان تكون ملزمة بنسب خبر

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٦ ص ٧٨ وما بعدها .

(٣) مذكرة المشروع التمهيدى - مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٦

لا ترى حاجة الى الاستعانة به حتى ولو كانت قد نذبت أحد الخبراء من قبل.
لتحقيق مزاعم خصم. آخر عن حصول القسمة ما دامت لم تر في تقريره
ما يعارض الأسانيد الدالة على الشيوع) .

« طعن رقم ٦٢ لسنة ٢٢ ق - جلسة ١٩٥٥/١١/٣ »

واذا باع الشركاء على الشيوع قبل القسمة حصة مفردة ، فان مقاد
ذلك انهم قد وافقوا على أن يخرج القدر المبيع من ملكيتهم قبل قسمة
بحيث لا تدخل في أية قسمة تجرى بينهم فيما بعد .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

(اذا كان البيع قد ورد على حصة مفردة ومحددة التزم البائعون
باستئصالها من الأعيان الموقوفة قبل قسمة ، فان فساد ذلك أن الطاعة
(البائعة الأولى) وشركاءها وافقوا على أن يخرج القدر المبيع من ملكيتهم
قبل قسمة بحيث لا يدخل في أية قسمة تجرى بينهم فيما بعد ، مما
مقتضاه إن الصفقة - في مقصود المتعاقدين - وحلة قائمة بذاتها لا يمكن
تفريقها على المشتري ، وأن الالتزام في مفهوم إرادتهما ووفق الغرض الذي
رما إليه لا يجوز تنفيذه مقسما ، بل يجب تنفيذه باعتباره كلاً غير قابل
للتجزئة ، ومن ثم فإذا لم يكن قد جرى استبعاد الأعيان المباعة قبل وقوع
القسمة فإن البيع الصادر الى المشتري - المعلنون ضده الأول - يكون صحيحاً
ونافذاً قبل البائعين جميعاً أياً كانت النتيجة التي تترتب عليها قسمة
الأعيان حتى ولو وقع انفرد المبيع في نصيب واحد منهم ، وهذا الشريك
وشأنه في الرجوع على باقي شركائه طبقاً للقواعد المقررة قانوناً) .

« طعن رقم ٢٨٦ لسنة ٣٧ ق - جلسة ١٩٧٢/٤/٢٩ »

٣ - مضار الملكية الشائعة :

أدى نظام الميراث الى انتشار الملكية الشائعة في مصر ، إذ تنتقل ملكية
أموال الشركة الى الورثة على الشيوع وكثيراً ما يسمنر الورثة في هذا
الشيوع ولمدد طويلة ، وهذه المدد الطويلة تسمح بتزايد عدد الشركاء

يسبب موت بعضهم وحلول ورثتهم محلهم ، ويؤازر بقاء الشيوع ما اتسم به ريف مصر من التضامن والتكتل الأسرى والتفاخر بالملكيات الكبرى .

ولا شك أن للملكية الشائعة مساوى اجتماعية واقتصادية تجعل الاستثمار فيها أمرا غير مرغوب فيه .

فتعدد الملاك فى الملكية الشائعة يؤدى الى اشكالات عديدة فيما يتعلق بمزاولة كل مالك لسلطاته على الشئ ولا سيما الاستعمال والاستغلال ، فاذا لوحظ أن الشيوع ينشأ عادة بين من تربطهم وشائج القرى فإن استمراره قد يؤدى الى النفور والتعطية وذلك أمر غير مرغوب فيه اجتماعيا .

كما أن استقلال كل شريك بحصته يتيح له اجادة استغلالها وتكريس طاقته فى ذلك ، اذ ينطوى هذا الاستقلال على حافز قوى على العمل والابداع ، ولذلك فإن الملكية المفروزة أكثر انتاجا من الملكية الشائعة .

وورود أكثر من حق على ملكية شئ واحد ينطوى على كثير من التعقيد والفوضى من الناحية القانونية .

٣ - انقضاء الشيوع :

السبب الرئيس لانقضاء الشيوع هو القسمة ، الا أن هناك أسبابا أخرى ثانوية ينقضى بها الشيوع ومثال ذلك :

١ - أن يكتسب أحد الملاك المشتاعين ملكية أنصببة باقى الشركاء ، وذلك عن طريق الميراث أو الوصية أو الهبة أو البيع أو المقايضة أو بوضع اليد المدة الطويلة المكسب للملكية ، ذلك أن حيازة الحصة الشائعة كالنصيب المفروز تصلح لأن تكون أساسا لتملكها بالتقادم .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١ - (ليس فى القانون ما يمنع الشريك فى العقسار الشائع من أن يكسب بالتقادم ملكية حصة أحد شركائه المشتاعين اذا استطاع أن يحوز

هذه الحصة حيابة تقوم على معارضة حق المالك لها على نحو لا يترك محلا لشبهة الغموض والخفاء أو مظنة التسامح واستمرت هذه الحيابة دون انقطاع خمس عشرة سنة) .

« طعن رقم ٢٢٢ لسنة ٣٤ ق - جلسة ١٩٦٨/٣/٢١ »

ب- (الحصة الشائعة كالنصيب المفرز يصح كلاهما - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن يكون محلا لأن يحوزه حائز على وجه التخصيص والآنفراد ولا فارق بينهما الا من حيث أن الحائز للنصيب المفرز تكون يده بريئة من المخالطة . اما حائز الحصة الشائعة فيده بحكم الشيوع تخالط يد غيره من المشتاعين . وليست هذه المخالطة عيبا في ذاتها وانما العيب فيما ينشأ عنها من غموض وابهام فاذا انتفت واستقرت الحيابة على مناهضة حق باقي المالكين ومناهضتهم بما لا يترك مجالا لشبهة الغموض أو مظنة التسامح ، فان الحيابة تصلح عندئذ لأن تكون أساسا لتلك الحصة الشائعة بالتقادم) .

« طعن رقم ١٣٣ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧٠/٦/٩ - ذات المبدأ :
طعن رقم ١٧٠ لسنة ٥٠ ق جلسة ١٩٨٠/٢/١٨ - طعن رقم ١٤٢ لسنة ٤٠ ق جلسة ١٩٧٨/٢/٢ - طعن رقم ٢٠٦١ لسنة ٥٣ ق جلسة ١٩٨٧/١٢/٢٠ - طعن رقم ٢٤٨٨ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٢ »

٢ - أن يتحول الشيوع الى شركة فتكون لهما الشخصية المنوية ، فتكون ملكية المال الذي كان شائعا لشخص ممنوى :

٤ - المقصود بقسمة المال الشائع :

قسمة المال الشائع هي اجراء يختص بموجبه كل شريك في المال الشائع بجزء مفرز من المال الشائع يتناسب مع حصته الشائعة في هذا المال .

وقد عرفتها محكمة النقض في حكم حديث لهما صادر بتاريخ

١٩٨٥/٢/٧ في الشئ رقم ١٠٤ لسنة ٥٢ ق بقولها : (قسمة المال الشائع تتم بتعيين جزء مفروز من هذا المال لكل شريك لينفرد بملكيته دون باقى الشركاء) (٤) .

والقسمة بهذا المعنى يطلق عليها (القسمة النهائية) ، وهو المعنى الذى يقصد من لفظ القسمة اذا أطلق ، فهي ترد على الملكية وينتهى بها الشيوخ .

وهناك نوع آخر من القسمة يطلق عليه (قسمة المهايأة) ، وهى عبارة عن تقسيم لمنافع الشئ الشائع بين الشركاء فهى قسمة انتفاع لا قسمة ملكية ، ومن ثم لا ينتهى بها الشيوخ ، وانما تكون عملية مؤقتة تكفل تنظيم الانتفاع بالمال الشائع .

(انظر فى التفصيل موضوع رقم ٨) .

٥ - من يحق له طلب القسمة ؟

تنص المادة ٨٣٤ مدنى على أن : (لكل شريك أن يطالب بقسمة المال الشائع ، ما لم يكن مجبرا على البقاء فى الشيوخ بمقتضى نص أو اتفاق ، ولا يجوز بمقتضى الاتفاق أن تمنع القسمة الى أجل يجاوز خمس سنين ، فاذا كان الأجل لا يجاوز هذه المدة نفذ الاتفاق فى حق الشريك وفى حق من يخلفه) .

ويتضح من هذا النص أن من حق كل شريك فى الشيوخ أيا كان مقدار نصيبه فى المال الشائع أن يطلب قسمة المال الشائع فى أى وقت ما دام الشيوخ قائما .

(٤) وقد استطرد الحكم بأن : (والتسليم الفعل للمبيع فى البيع على الشيوخ وعلى ما جرى به نص المادة ٢٣٥ من القانون المدنى يتم بمجرد وضع القدر المباع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به خلفا للبائع فى حقوقه وهو ما لا تنتهى به حالة الشيوخ ولا يعتبر قسمة للمال الشائع) .

والشريك في الشيوع هو المالك لنصيب في المال الشائع - فإذا لم تكن الملكية قد استقرت لأحد الشركاء في المال الشائع فلا يجوز له طلب القسمة .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

(إذا كان من المقرر أن عقد القسمة ينمقه بين الشركاء في ملكية المال الشائع ومحلله المال المملوك ملكية شائعة بين الجميع وهو من العقود التبادلية التي تتقابل فيها الحقوق ، وكان المطعون عليهما الأول والثاني لا يملكان في مال موزع الطاعنين - الثلاثة أفدنة التي اشتراها من المطعون عليه الأخير شيئاً - فإن اقتسام هذا القدر لا تتوافر فيه شرائطه المقررة في القانون لعقد القسمة) .

« طعن رقم ١٧١٤ لسنة ٤٨ ق - جلسة ١٩٨٠/٦/١٠ »

وبالترتيب على ذلك لا يجوز للأشخاص الآتي ذكرهم طلب القسمة :

١ - المشتري لحصة شائعة بمقتضى عقد بيع عرقي ، لأن الملكية في المواد العقارية لا تنتقل - سواء بين المتماقدين أو بالنسبة للغير - إلا بالتسجيل .

فإذا لجأ المشتري بموجب عقد بيع عرقي إلى القسمة القضائية يرفع دعواه أمام المحكمة الجزئية المختصة كانت دعواه غير مقبولة لرفعها قبل الأولان .

وقد قضت محكمة دمنهور الابتدائية بتاريخ ١٩٨٩/٦/١٢ في الدعوى

رقم ٤٨٤١ لسنة ١٩٨٨ مدني بأن :

(لما كان ذلك وكان المدعي يطلب القضاء بصحة ونفاذ عقد القسمة المبرم بينه وبين المدعي عليهم وكانت المدعي عليهما التاسعة تطلب وقف الدعوى استناداً إلى أنها اشترت جزءاً من أطياف المدعي محل عقد القسمة على الشيوع وكان هذا العقد ابتدائياً لم يسجل ومن ثم فإن ملكية العقار حتى

مع تمام الشراء تظل باقية على ملك المدعى - البائع لها - ويكون هو المحصم في دعوى القسمة دون المشتري منه ولا يحق لها المنازعة في اجراء القسمة بين البائع لها وشركائه في العقار استنادا الى عقد البيع الابتدائي الصادر لها منه . ومن ثم يكون طلبها وقف دعوى القسمة حتى يفصل في دعوى صحة التعاقد في غير محله ودون سند من القانون متعين الرضى) .

غير أنه يجوز للمشتري بمقد عرفى باعتباره دائنا للبائع استعمال حق مدینه وطلب القسمة عن طريق الدعوى غير المباشرة طبقا لنص المادة ٢٣٥ مدني اذا توافرت شروطها .

٢ - المشتري بمقد بيع عرفى صدر له حكم بصحة ونفاذ عقده دون أن يسجل هذا الحكم .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

(أوجبت المادة الأولى من القانون رقم ١٨ لسنة ١٩٢٣ تسجيل جميع العقود التي من شأنها انشاء حق ملكية أو أى حق عيني آخر أو نقله أو تغييره ، ومؤدى ذلك أن حق الملكية لا ينتقل من البائع الى المشتري الا بالتسجيل والى أن يتم هذا التسجيل يبقى البائع مالكا للعقار ويكون بالتالى هو المحصم فى كل دعوى تتعلق بين العقار ، ولما كان المحصم فى دعوى القسمة هو الشريك المالك عملا بالمادة ٤٥٢ مدني قديم التى تحكم هذا النزاع ، وكان يبين من الوقائع التى اثبتها الحكم المطعون فيه أن دعوى القسمة رفعت من الطاعنين على المطعون عليه الثانى الذى كان مالكا العقار والشريك الواجب اختصاصه ، وكان مجرد شراء المطعون عليه الأول لحصة المطعون عليه الثانى الارثية فى هذا العقار وقيامه بتسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد لا يترتب عليه نقل الملكية اذ الملكية لا تنتقل اليه الا بتسجيل الحكم الصادر فى الدعوى ، فان الحكم المطعون فيه اذ خالف هذا النظر يكون قد أخطأ فى القانون بما يستوجب نقضه) .

» طعن رقم ٢٨٣ لسنة ٢٥ ق - جلسة ١٩٦٠/٤/٢١ «

غير أنه يجوز له استعمال حق مدينه في طلب القسمة عن طريق
الدعوى غير المباشرة .

٣ - المستأجر لجزء من المال الشائع :

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١ - (متى كان المستأجر قد استأجر نصيبا مفرزا في الأرض بما
عليه من المباني فلا صفة له في التمسك بأن القسمة بين الشركاء إنما وردت
على الأرض دون البناء) .

« طعن رقم ٩٦ لسنة ٢٢ ق - جلسة ١٩٥٥/١١/٣ »

٢ - (ليس للمستأجر أن يجادل المؤجر في سند ملكيته وعما اذا
كان له الحق في القسمة التي أجراها أو أن هذه القسمة قد شابها بطلان
أو مخالفة القانون) .

« طعن رقم ٩٦ لسنة ٢٢ ق - جلسة ١٩٥٥/١١/٣ »

وليس لطلب القسمة أجل معين ، فيمكن طلب القسمة بما كانت
مدة بقاء الشريك في الشيوع ، فلا يسقط حق طلب القسمة بضمم الاستعمال
أى بالتقادم المسقط لأن الشيوع حالة متجددة وهو ما يؤدي الى تجديد الحق
في طلب القسمة باستمرار طوال مدة بقاء الشيوع (٥) . كل ذلك ما لم يوجد
اتفاق بين الشركاء على البقاء في الشيوع خلال المدة التي يحددها القانون .
(أنظر بندى ٧ ، ٨ / ج) .

(٥) الدكتور محمد توفيق فرج - الحقوق المدنية الأصلية طبيعة نادى
القضاة ١٩٨١ ص ١٧٨ - الدكتور عبد المنعم البدرأوى - شرح القانون
المدنى فى الحقوق المدنية الأصلية الطبيعة الثانية ١٩٥٦ ص ١٨٠ - الدكتور
محمد على عرفة - شرح القانون المدنى الجديد فى حق ملكية الجزء الأول
١٩٥٠ ص ٤٢٤ .

لا يجوز للشريك طلب القسمة اذا كان مجبرا على البقاء في الشيوع :

نصت المادة ٨٣٤ مدني - كما رأينا - على أنه لا يجوز للشريك طلب قسمة المال الشائع اذا كان مجبرا على البقاء في الشيوع بمقتضى نص أو اتفاق ، فالبقاء في الشيوع اما أن يكون بموجب نص في القانون أو بموجب اتفاق ونعرض لهاتين الحالتين فيما يأتي :

٦ - أولا : البقاء في الشيوع بمقتضى نص في القانون :

قد يكون الشريك في المال الشائع مجبرا على البقاء في الشيوع بموجب نص في القانون ، سواء في القانون المدني أو غيره من التشريعات وهو ما يطلق عليه الشيوع الاجباري ، اذ يجب عليه التزام ما يقضى به النص الذي يفرض الشيوع ، فلا يجوز له طلب القسمة .
ومن مثله ذلك :

١ - الشيوع الاجباري مراعاة للفرض الذي أعد له المال الشائع وفقا لنص المادة ٨٥٠ مدني والتي تجرى على ن : (ليس للشركاء في مال شائع أن يطلبوا قسمة ، اذا تبين من الفرض الذي أعد له المال أنه يجب أن يبقى دائما على الشيوع) . فالعبرة في هذا الشأن بالفرض الذي أعد له المال الشائع ، فاذا كان هذا الفرض يقتضي أن يبقى المال دائما على الشيوع ولا يمكن الانتفاع به الا مع بقائه على هذه الحال كان الشيوع اجباريا . وهذه مسألة موضوعية فقاضى الموضوع هو الذي يقدر ما اذا كان المال الشائع ضروريا للاستعمال المشترك وما اذا كانت القسمة من شأنها أن تعوق استعمال هذا المال أو تجعل الانتفاع به على النحو الذي أعد له مستحيلا .

ويمكن أن ترد حالات الشيوع الاجباري الى نوعين :

١ - الشيوع الاجباري اصليا ، بمعنى أن الأشياء الشائعة لا تكون تابعة لعقار ، وانما توجد مستقلة ، فهي توجد مستقلة وتكون مخصصة

بطبيعتها لخدمة أو استعمال جماعة من الأفراد على وجه دائم ، كـمباني المدافن العائلية^(١) وكصور ووثائق الأسرة .

٢ - الشيوع الاجباري تبعا ، وهو الذي تكون الاشياء الشائنة فيه تابعة لمقارات يملكها ملاك مختلفون لكل منهم ملكية مفرزة ، وتعتبر من الملحقات الضرورية المخصصة لخدمة هذه المقارات .

وهذا النوع من الشيوع يفوق في أهميته النوع الأول وتعدد حالاته في العمل . ومثل ذلك حالة المسقاة المملوكة لمدة ملاك على الشيوع فيما بينهم مع تخصيصها لرى الأرضى التى يملكها كل منهم ملكية مفرزة . ويتحقق ذلك عملا اذا شق مالك أرض مسقاة خاصة فيها ثم يتوفى عن عدة ورثة ، فقد يرى الورثة عند قسمة الأرض أن يبقوا المسقاة شائعة بينهم مع تخصيصها لرى الأجزاء التى يختص بها كل منهم . ومثل ذلك أيضا المهر أو الفناء الذى يقيه الشركاء فى الشيوع بعد انقسام الأرضى المحيطة به^(٢) .

وقد خص الشارع بعض حالات الشيوع التبعى هذه بتنظيم تفصيل نظرا لأهميتها ومن امثلة ذلك :

١ - حالة الخائط المشترك ، وهو يفصل بين عتارين مملوك كل منهما ملكية مفرزة لاحد الشريكين فى الخائط ، وهو يخص لخدمة هذين العتارين (المواد من ٨١٤ - ٨١٧ مدنى) .

٢ - حالة ملكية الأسرة ، فقد نصت المادة ٨٥٣ / ١ مدنى على أنه ليس للشركاء أن يطلبوا القسمة ما دامت ملكية الأسرة قائمة ، والاتفاق على

(٦) أما أراضي الجبانات فهى من الأموال العامة (م ١ / ١ ق • لسنة ١٩٦٦) .
(٧) الدكتور اسماعيل غانم - الحقوق العينية الأصلية - الجزء الأول - حق الملكية ١٩٥٩ ص ٢٧٨ .

انشاء ملكية الأسرة يكون لمدة لا تزيد على خمس عشرة سنة (م ٥٨٢/١ مدني) .

٣ - ما تنص عليه المادة ٤١ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ ، بأحكام الولاية على المال من أنه اذا رفعت دعوى على القاصر أو المحجور عليه أو النائب من وارث آخر جاز للمحكمة بناء على طلب من يتوب عنه أو بناء على طلب النيابة العامة ان توقف القسمة مدة لا تتجاوز خمس سنوات اذا ثبت لها أن في التجيل بها ضررا جسيما .
(أنظر في التفصيل بند ١٠٨ وما بعده) .

٧ - ثانيا : البقاء في الشيوع بموجب اتفاق :

ان الحق في طلب القسمة ليس مطلقا - بحسب المبدأ - بالنظام العام ، ومن ثم يجوز الاتفاق على تعطيله تعطىلا مؤقتا ، فيتفق الشركاء في المال الشائع على البقاء في الشيوع مدة معينة ، وهذا الاتفاق يمنهم طوال هذه المدة من طلب قسمة المال الشائع .

ويدفع الشركاء الى هذا الاتفاق تحقيق مصلحة لهم في البقاء بالشيوع مدة معينة ، مثل ذلك أن يكون بين الشركاء غائب يتوقمون عودته بعد فترة معينة ، أو يكون بين الشركاء ناقص الأهلية سيببلغ سن الرشد بعد مدة ليست طويلة ، فيتفقون مع النائب عن ناقص الأهلية على البقاء في الشيوع مدة معينة حتى يبلغ سن الرشد .

وقد تقتضى القسمة بيع بعض أعيان المال الشائع ويؤدي بيعها في الحال الى خسارة لهم فيتفقون على البقاء في الشيوع حتى تسنح لهم الفرصة ببيع هذه الأعيان بما يحقق مصالحهم .

ونعرض لأحكام البقاء في الشيوع بموجب اتفاق تفصيلا على النحو

الآتي :

A - احكام خاصة بالاتفاق على البقاء فى الشىوع :

(١) - الاتفاق على البقاء فى الشىوع من أعمال الإدارة :

يخضع الاتفاق على البقاء فى الشىوع من حيث انعقاده وصحته لحكم القواعد العامة .

غير أنه يجب مراعاة أن الاتفاق على البقاء فى الشىوع من أعمال الإدارة وليس من أعمال التصرف .

ويرتب على ذلك أنه يكفى أن تتوافر فى الشريك أهلية الإدارة دون أهلية التصرف .

(ب) يجوز أن يكون الاتفاق على البقاء فى الشىوع من بعض الشركاء :

لا يلزم أن يكون الاتفاق على البقاء فى الشىوع من جميع الشركاء فى المال الشائع ، وإنما يجوز أن يتفق بعض الشركاء فى المال الشائع دون البعض الآخر على البقاء فى الشىوع ، كان يكون من بين الشركاء غائبون فيتفق الشركاء الحاضرون على البقاء فى الشىوع ، ويكون اتفاقهم صحيحا ملزما لمن وافق عليه ، فلا يجوز لأبهم خلال المدة المتفق عليها أن يطلب القسمة (٨) .

أما من لم يوافق فلا شك أنه يجوز له فى أى وقت أن يطلب القسمة ، كما يجوز له أن ينضم الى الاتفاق الذى أبرمه البعض .

ويجب عدم الخلط فى هذا المجال اذ ربما يقال أنه متى كان هذا الاتفاق

(٨) الدكتور السنهورى ص ١١٧٢ - الدكتور منصور مصطفى منصور - حق الملكية فى القانون المدنى المصرى ١٩٦٥ ص ١٨٨ - الدكتور اسماعيل غانم ص ١٧٣ - الدكتور أحمد سلامة الملكية الفردية فى القانون المصرى الطبعة الأولى ١٩٧٠ (مكررة) ١٩٧٥ ص ٣٦٠ وما بعدها - وقارن الدكتور عبد المنعم البدر اوى ص ١٨٠ فيذهب الى أنه يلزم اتفاق جميع الشركاء والا كان الاتفاق لفوا بالنسبة لكل المتفقين .

علا من أعمال الإدارة فإنه يجوز للأغلبية التى حددها القانون أن تفقد
فتلزم الأقلية به ، لأن عمل الإدارة الذى يجوز للأغلبية أن تقرر القيام به
متعلق باستغلال المال وليس بمنع قسمته (٩) .

(ج) الحد الأقصى لمدة البقاء فى الشيوخ :

أوضحنا سلفا أن المادة ٨٣٤ مدنى تنص على أنه (ولا يجوز بمقتضى
الاتفاق أن تمنع القسمة الى أجل يجاوز خمس سنين) *
فهذه المادة وضمت حدا أقصى للاتفاق على البقاء فى الشيوخ هو مدة
خمس سنوات .

والحكمة من تحديد المدة المذكورة حدا أقصى للاتفاق على البقاء فى
الشيوخ ، ألا يجبر الشركاء على البقاء فى الشيوخ الا مدة معقولة ، ولكى
يظل الشيوخ حالة استثنائية فيكون لكل شريك الحق فى طلب انائها لى
تعود الملكية الى وضعها الطبيعى (١٠) . فلا يجوز أن تزيد مدة البقاء فى
الشيوخ على خمس سنوات ، أو أن تكون مدة البقاء فى الشيوخ مؤبدة
او مدة غير معينة ، كأن ترتبط المدة بواقعة غير معلومة سلفا بأن يتفق الشركاء
مثلا على الاستمرار فى الشيوخ حتى وفاة أحدهم أو شخص من الغير .

فإذا كانت مدة البقاء فى الشيوخ مؤبدة أو غير معينة ، فإن هذه المدة
تكون خمس سنوات ، وكذلك اذا اتفق الشركاء على مدة تزيد على خمس
سنوات ، انقصت هذه المدة الى خمس سنوات ، ما لم يتبين أن المدة المتفق
عليها لا تنفصل من جملة التعاقد ، بمعنى أن الشركاء ما كانوا ليرتضوا
الاتفاق بدون هذه المدة كلها ، إذ أنه حينئذ يبطل الاتفاق كله طبقا للقاعدة
العامة فى انتقاص العقد (١١) التى نصت عليها المادة ١٤٣ مدنى بقولها :

(٩) أحمد سلامة ص ٣٦٠ وما بعدها .

(١٠) محمد على عرفة ص ٤٢٤ .

(١١) السنهورى ص ١١٧٢ - الدكتور عبد المتعم البدرأوى حق =

(إذا كان المقد في شق منه باطلا أو قابلا للإبطال فهذا الشق وحده هو الذى يبطل . الا اذا تبين أن المقد ما كان ليتم بغير الشق الذى وقع باطلا أو قابلا للإبطال فيبطل العقد كله) . غير أن تحريم زيادة مدة الاتفاق على البقاء فى الشيوع على خمس سنوات ، لا يمنع من الاتفاق من جديد على مدة أخرى ، ولمدد غير محدد من المرات .

والاتفاق على التجديد لكى ينتج اثره كاملا يجب أن يتم بعد انقضاء مدة خمس السنوات السابقة . أما اذا اتفق الشركاء المشتاعون على تجديد اتفائهم لمدة خمس سنوات أخرى قبل انقضاء المدة الأولى ، فإن خمس السنوات الجديدة يبدأ سريانها فى الحال من وقت الاتفاق عليها دون انتظار لانتهاء المدة الأصلية . إذ أن القول بغير ذلك يجعل الشركاء فى الشيوع ملتزمين من وقت الاتفاق الجديد بالبقاء فى الشيوع مدة تزيد على خمس سنوات ، وهذا لا يجوز (١٢) .

وإذا تضمن الاتفاق شرطا يقضى بتجديد المدة بعد انقضائها ، لا يسرى الاتفاق الا لمدة خمس سنوات دون تجديد تلقائي . أما اذا كانت المدة الأصلية أقل من خمس سنوات كان كانت ثلاث سنوات مثلا وتضمن الاتفاق شرطا بالتجديد مدة سنتين أخريين جاز ذلك ، إذ كان فى الامكان الاتفاق على خمس سنوات من البداية (١٣) .

= الملكية الطبعة الثانية ١٩٦٤ - الدكتور جميل الشرقاوى الحقوق العينية الأصلية الكتاب الأول حق الملكية ١٩٧٤ ص ١٤٨ - منصور مصطفى منصور ص ١٨٨ - اسماعيل غانم ص ١٧٢ وما بعدها - وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى أنه : (وقد يتفق الشركاء فى الشيوع المعتاد على البقاء فيه الى أجل يجب الا يزيد على خمس سنين ، فإذا زاد أنقص الى المدة المنصوص عليها فى هذه المادة) - مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٦ ص ١٠١ .

(١٢) السنهورى ص ١١٧٣ وما بعدها - اسماعيل غانم ص ١٧٣ -
الصلة ص ٢٢٠ -
(١٣) السنهورى ١١٧٤ مامش (٢) .

غير أن هناك وسيلة عملية يستطيع بها الشركاء الشائعون التوصل إلى عدم التنفيذ بالحيد الأقصى المنصوص عليه بالمادة ٨٣٤ ، وذلك بإنشاء شركة يكون رأس مالها من حصصهم في الشيء الشائع . فتنطبق في هذه الحالة قواعد الشركة لا قواعد الشيوخ ، فيصح الاتفاق على أن تستمر الشركة مدة تزيد على خمس سنوات (١٤) .

٩ - هل الاتفاق على قسمة المياة يعول دون طلب القسمة النهائية؟

قسمة المياة - كما سنرى - هي التي يتفق فيها الشركاء على تنظيم الانتفاع بالشيء الشائع بحيث يحصل كل شريك على قدر من منافعها يتناسب مع حصته ، وهي تكون مهاباة مكانية أو زمانية . ولا يصح الاتفاق على قسمة المياة لمدة تزيد على خمس سنين (م ١/٨٤٦ مدني) .
(أنظر في التفصيل موضوع رقم ٨) .

وقد اختلف الفقه حول ما اذا كان الاتفاق على قسمة المياة يمنع من طلب القسمة النهائية طيلة مدته أو لا يمنع . فذهب رأى إلى أنه لا يجوز لأحد الشركاء أن يطلب قسمة الأعيان الشائعة ، قبل انتهاء المدة المتفق عليها في قسمة المياة ، لأن تلبية القسمة في هذه الحالة يؤدي إلى نقض اتفاق المياة قبل انقضاء مدته ، وهو لا يجوز إلا برضاء الشركاء جميعاً (١٥) .

ويستلزم بعض أنصار هذا الرأي تأييداً له أنه من المشروع أن يتق كل شريك في أنه بمقتضى المياة يستمر الشيوخ إلى مدة معينة . وبالتالي يكون مشروعاً اعتقاده بأن أحداً من الشركاء لن يطلب قسمة المال قسمة نهائية متى كانت المياة سارية ، وبعبارة أخرى فإن مقتضى المياة أن يستمتع على الشريك طلب القسمة مدة التهايز . فهذا هو ما يقضى به مبدأ حسن

(١٤) اسماعيل غانم ص ١٧٣ .

(١٥) محمد علي عرفة ص ٤٥٤ وما بعدها - أحمد سلامة ص ٣٦٢ .

النية في تنفيذ العقود(١٦) .

وذهب رأى آخر الى أن الاتفاق على قسمة مهاية لتنظيم الانتفاع بالشيء مدة معينة لا يحول دون أن يكون للشريك الحق في طلب القسمة النهائية قبل انقضاء هذه المدة ، ذلك أن اتفاق الشركاء على نظام معين للانتفاع بالشيء الشائع مدة معينة ، سواء اتخذ هذا الاتفاق صورة قسمة مهاية أو أية صورة أخرى ، إنما هو اتفاق يتعلق بطريقة الانتفاع ، فهو لا يسرى في حدود المدة المتفق عليها الا طالما كان الشيوع قائما ، ومن ثم فإنه ينقضى بانقضاء الشيوع بأى سبب من أسباب انقضائه بما فيها القسمة النهائية(١٧) .

فضلا عن أن من مقتضى الرأى الأول أن أى اتفاق على تنظيم الانتفاع بالمال الشائع يترتب عليه منع طلب القسمة ، إذ ليس هناك ما يبرر أن تختص قسمة المهاية بهذا الأثر وحدها دون غيرها من صور الاتفاق على تنظيم المال الشائع . بل ان منطق هذا الرأى يؤدى الى القول بأنه اذا وضعت أغلبية الشركاء نظاما للانتفاع بالمال الشائع فلن يجوز لأى من الشركاء طلب القسمة أثناء المدة التى حددتها الأغلبية لهذا النظام ، إذ أن النظام الذى تضمنه الأغلبية ملزم لكافة الشركاء طبقا للمادة ١/٨٢٨ ، مثله في ذلك مثل قسمة المهاية وهذا كله غير مقبول(١٨) .

والرأى الثانى هو الذى نرى الأخذ به .

♦ ٩ - اشتراط الواهب والموصى على الشركاء البقاء في الشيوع :

قد يهب أو يوصى شخص لعدة أشخاص بمال شائع ، وتتضمن

(١٦) أحمد سلامة ص ٣٦٢ وما بعدها .

(١٧) عبد المنعم الصلدة ص ٢٢١ - منصور مصطفى منصور ص ١٨٩

- اسماعيل غانم ص ١٧٥ .

(١٨) اسماعيل غانم ص ١٧٥ .

الهيئة أو الوصية شرطا يفرض على هؤلاء الأشخاص البقاء في الشبوع مدة معينة .

وقد اختلف الفقهاء فيما اذا كان هذا الشرط يقع صحيحا ويلزم الشركاء ، أم أنه يقع باطلا فلا يلزمون به .

فذهب البعض الى أن هذا الشرط صحيح ما دام يمنع القسمة لمدة لا تتجاوز خمس سنوات ويكون مبنيا على سبب مشروع ، لأن المادة ١/٨٢٣ مدني تقضي بأنه اذا تضمن العقد أو الوصية شرطا يقضى بمنع التصرف في مال ، فلا يصح هذا الشرط ما لم يكن مبنيا على باعث مشروع ، ومقصودا على مدة مقولة . ومن ثم فإن هذا النص يجيز أن يشترط الواهب أو الوصي عدم جواز التصرف في المال الموهوب أو الموصى به ، فأولى أن يصح للواهب أو الموصى أن يشترط البقاء في الشبوع وهو شرط أخف من شرط المنع من التصرف (١٩) . والقول بغير ذلك من شأنه تجاهل الباعث المشروع الذي يدفع الواهب أو الموصى الى إيراد مثل هذا الشرط (٢٠) .

وذهب رأى آخر الى أن هذا الاتفاق يكون باطلا فلا ينفذ في حق الشركاء ، وذلك لأن الاتفاق على البقاء في الشبوع استثناء من القاعدة العامة التي تجمل لكل شريك الحق في طلب القسمة في أى وقت شاء ، ولما كان المشرع قد جعل مناط هذا الاستثناء اتفاق الشركاء على تقييد حقهم في طلب القسمة ، فلا يصح أن يفرض عليهم هذا القيد بإرادة الواهب أو الموصى الذي يجهل عند عمل الهيئة أو الوصية ما ستؤول اليه علاقة الموهوب لهم أو الموصى اليهم من تفاهم أو خلاف ، فيجب أن يترك ذلك لارادتهم ، ولا يصح أن يفترض على ذلك بأن للموصى أن يمنع الموصى اليهم من التصرف في

(١٩) السنهوري ص ١١٧٥ - الصلة ص ٢٢١ - منصور مصطفى

منصور ص ١٧٤ .

(٢٠) الصلة ص ٢٢١ .

المال خلال مدة معينة فيكون له من باب أولى أن يتمتع من اقتسامه خلال نفس المدة ، فهنا قياس مع الفارق إذ أن المنسح من التصرف لا يؤدي إلى الاحتكاك المباشر الذي ينجم عن الشيوع (٢١) .
والرأى الأول هو الذى نرى الأخذ به .

١١ - سريان الاتفاق على البقاء فى الشيوع فى حق الخلف العام والخاص للشركاء :

الاتفاق الذى يعقده الشركاء على البقاء فى الشيوع ، كما يكون ملزماً للأشخاص فإنه يكون ملزماً لخلفهم العام كالورثة أو الدائنين ، وخلفهم الخاص كالمشتريين ، وذلك عملاً بالمادة ٨٢٤ مدنى التى تنص على أن : (لكل شريك أن يطالب بقسمة المال الشائع ما لم يكن مجبراً على البقاء فى الشيوع بمقتضى نص أو اتفاق ، ولا يجوز بمقتضى الاتفاق أن تمنح القسمة إلى أجل يجاوز خمس سنين ، فإذا كان الأجل لا يجاوز هذه المدة نفذ الاتفاق فى حق الشريك وفى حق من يخلفه) .

ولئن كانت المادة ١٤٦ مدنى تنص على أنه : (إذا أنشأ المقعد التزامات وحقوقاً شخصية تتصل بشئ انتقل بعد ذلك إلى خلف خاص . فإن هذه الالتزامات والحقوق تنتقل إلى هذا الخلف فى الوقت الذى ينتقل فيه الشئ ، إذا كانت من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشئ) ، فهى تشترط لانتقال الالتزامات والحقوق المذكورة إلى الخلف الخاص علمه بوجودها وقت انتقال الشئ إليه ، إلا أن ائراى الراجح أن الاتفاق على البقاء فى الشيوع يسرى على الخلف الخاص حتى ولو لم يكن يعلم به وذلك تطبيقاً لاطلاق نص المادة ٨٢٣ واستثناء من حكم المادة ١٤٦ (٢٢) .

(٢١) محمد على عرفة ص ٤٢٦ - عيسد النعم البدراوى ص ١٨٠ - محمد كامل مرسى ص ٢٠٢ .
(٢٢) السنهورى ص ١١٧٢ - أحمد سلامة ص ٣٦٣ - البدراوى ص ١٨١ - عرفة ٤٢٦ وما بعدها - منصور مصطفى منصور ص ١٨٨ - الصفة ص ٢٢٠ - اسماعيل غانم ص ١٧٢ وهامش (١) .

وتبريرا لهذا الاستثناء يمكن القول أن حكم المادة ١٤٦. يعتبر حكما عاما يسرى على كافة العقود ، أما نص المادة ٨٢٣ فهو حكم يسرى على حالة الاتفاق على البقاء في الشيوع ، فيكون هذا النص قد أتى باستثناء خاص في هذا الصدد .

١٢ - التصف في طلب القسمة :

إن حق طلب قسمة المال الشائع - كما أوضحنا سلفا - مقرر لكل من الشركاء ، إلا أن هذا الحق كغيره من الحقوق يخضع في استعماله لنظرية التصف في استعمال الحق المنصوص عليها بالمادة الخامسة من التقنين المدني ، ولذلك يجب ألا ينطوي استعمال الشريك المشتاع لهذا الحق على تصف في استعماله ، فإذا كان طلب القسمة لا يحقق لطالبه ثمة مصلحة ، أو يحقق له مصلحة تافهة لا تتناسب مع الضرر الكبير الذي يحيق ببقية الشركاء ، كان للقاضي أن يرفض الطلب ، فيظل الشيوع إلى وقت تصيب فيه القسمة غير ذات ضرر كبير على الشركاء ، ومثل ذلك أن تكون قسمة المال عينا غير ممكنة ، ولا بد من أن يباع المال وتكون الأسعار في حالة انخفاض كبير وطاري (٢٣) .

(٢٣) السنهوري ص ١١٧٦ - أحمد سلامة ص ٣٥٨ - وقارن اسماعيل غانم ص ١٧٥ وما بعدها وهامش (١) بالصحيفة المشار إليها) فيذهب إلى أن الأصل أنه ليس للقاضي سلطة تقديرية في اجابة طلب القسمة أو رفضه ، فليس من شأنه أن يبحث فيما إذا كان إجراء القسمة ضارا أو غير ضار بمصالح الشركاء ، بل تقتصر مهمته على التحقق من وجود التزام بالبقاء في الشيوع أو عدم وجوده . على أنه يرد على هذا الأصل العام استثناء في حالة ما إذا قرر الشركاء الذين يملكون ثلاثة أرباع المال الشائع التصرف فيه ، فاعترض أحد الشركاء الآخرين طالبا إجراء القسمة وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدني يجعل للمحكمة سلطة تقديرية كأصل عام . فقد كانت المادة ١٢٠٢ من المشروع تتضمن في فقرتها الأولى النص الذي صار بعد ذلك نص المادة ٨٣٤ من التقنين ، أما فقرتها الثانية فكانت تقضى بما يأتي : « ومع ذلك فللمحكمة ، بناء على طلب أحد الشركاء ، أن تأمر باستمرار الشيوع ، حتى إلى ما بعد الأجل المتفق عليه ، وحتى لو لم يوجد =

وهناك تطبيق تشريفي لهذه الحالة يستعرض له فيما بعد وهو نص المادة ٤١ من المرسوم ب١٩٠٢ لسنة ١١٩ باحكام الولاية على المال التي تنص على أنه : (اذا رفعت دعوى على القاصر أو المحجور علة أو الغائب من وارت آخر ، فللمحكمة بناء على طلب من يتوب عنه أو بناء على طلب النيابة العامة ، أن توقف القسمة لمدة لا تتجاوز خمس سنوات اذا ثبت لها أن في التعجيل ضررا جسيما) .

١٣ - حكم التعامل في التركة المستقبلية :

تنص المادة ١٣١ من التقنين المدني على أنه : (يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا .

غير أن التعامل في تركة انسان على قيد الحياة باطل ، ولو كان برضا ، الا في الأحوال التي نص عليها في القانون) .

فالمشرع وان أجاز في الفقرة الأولى من المادة التعامل في الأشياء المستقبلية ، الا إنه استثنى في فقرتها من هذا الحكم التعامل في تركة انسان على قيد

= أي اتفاق على البناء في الشيوع ، وذلك متى كانت القسمة العاجلة ضارة بمصالح الشركاء ، كما لها أن تآمر بالقسمة في الحال ، حتى قبل انقضاء الأجل المتفق عليه ، اذا وجد سبب قوى يبرر ذلك ، وقد حذفت هذه الفقرة في لجنة المراجعة ، ثم أعيدت في مجلس النواب . وثار البحث في مجلس الشيوع ، وانتهى الى حذفها ثانية توخيا لاستقرار التعامل .

وقد علق الدكتور أحمد سلامة - وهو من أصحاب الرأي المكسي الوارد بالمتن - على الرأي السابق (ص ٣٥٨ هامش ١) بقوله : (ان القول المذكور بالمتن لا يبنى على أن للقاضي سلطة التقدير بل يبنى على فكرة التمسك وفرق بين الأمرين .

ومن ناحية أخرى فان بين ما تذكره المتن وبين ما كانت تنص عليه المادة ١٢٠٢ من المشروع فرقا فقد كانت هذه المادة تنص على ما يأتي : ومع هذا فللمحكمة بناء على طلب أحد الشركاء ، أن تآمر باستمرار الشيوع حتى الى ما بعد الأجل المتفق عليه ، وحتى لو لم يوجد أي اتفاق على البقاء في الشيوع وذلك متى كانت القسمة العاجلة ضارة بمصالح الشركاء ، كما أن لها أن تآمر بالقسمة في الحال ، حتى قبل انقضاء الأجل المتفق عليه اذا وجد سبب قوى يبرر ذلك . وقد انتهى الأمر بحذف هذه الفقرة توخيا لاستقرار التعامل) .

الحياة ولو كان التعامل برضاء ، الا ما استثنى بنص في القانون . والتركه
هى مجموع ما للانسان من حقوق وما عليه من ديون وقت موته ،
فاذا كان الانسان على قيد الحياة فهذا المجموع هو الحقوق والديون منظوراً
اليه وقت الموت هو تركته المستقبلية ، والتعامل المحرم هو الذى يقع على
تركة مستقبلية فى مجموعها او فى جزء من هذا المجموع او فى مال معين
ينظر فيه الى انه يدخل ضمن اموال التركة .

ويستوى ان تاتى التركة عن طريق الميراث او الوصية ، او يكون
التعامل بين المورث والورثة او بين المورث او الورثة والغير ، ومثال التعامل
البيع لو ارث او لأجنبى ، او الاتفاق مع وارث على اعطائه نصيباً أكبر من
نصيبه الذى سيرثه ، وكذلك قسمة التركة (٢٤) .

واذا وقع هذا التعامل كان باطلاً بطلاناً متعلقاً بالنظام العام ، لان
ذلك يتضمن مخالفة لأحكام الميراث والوصية التى تتعلق بالنظام العام .
غير أن القانون اجاز التعامل فى التركة المستقبلية بنص فى صورتين
فقط هما الوصية وقسمة المورث لأعيان تركته كما سنرى .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١ - (ان كون الانسان وارثاً او غير وارث وكونه مستقل بالارث
او يشاركه فيه غيره الى غير ذلك من أحكام الارث وتعيين الورثة وانتقال
الحقوق فى التركات بطريق التوريث لمن لهم الحق فيها شرعاً كل هذا مما يتناق
بالنظام العام . والتحايل على مخالفة هذه الأحكام باطلاً بطلاناً مطلقاً
لا تلحقه الاجازة ويحكم القاضى به من تلقاء نفسه فى أية حالة كانت عليها
الدعوى . وتحريم التعامل فى التركات المستقبلية يأتى نتيجة لهذا الأصل ،

(٢٤) السنهوري الوسيط ج ١ طبعة ١٩٦٤ ص ٤١٤ - محمد كمال
عبدالعزیز التقنين المدنى فى ضوء القضاء والفقه ١٩٨٠ الجزء الأول ص ٣٥٤ .

فلا يجوز قبل وفاة أى انسان الاتفاق على شيء يمس بحق الارث عنه ،
سواء من جهة ايجاد ورثة غير من لهم الميراث شرعا أو من جهة الزيادة
أو النقص فى حصصهم الشرعية أو من جهة التصرف فى حق الارث قبل
انفتاحه لصاحبه واستحقاقه اياه ، جميع هذه الاتفاقات وما شابهها مخالف
للنظام العام) *

« طعن رقم ٢ لسنة ٤ ق - جلسة ١٩٣٤/٦/١٤ »

٢ - (التحايل الممنوع على أحكام الارث لتعلق الارث بالنظام العام
هو ما كان متصلا بقواعد التوريث وأحكامه المتبيرة شرعا ، كاعتبار شخص
وارثا وهو فى الحقيقة غير وارث أو اعتباره غير وارث وهو فى واقع الأمر
وارث ، وكذلك ما يتفرع عن هذا الأصل من التعامل فى التركات المستقبلية
كايجاد ورثة قبل وفاة المورث غير من لهم حق الميراث شرعا أو الزيادة
أو النقص فى حصصهم الشرعية ويترتب على هذا بداهة أن الهبة الصادرة
من المورث فى حالة صحته لأحد الورثة تكون صحيحة لحروجها من نطاق
التعريف بالتحايل على قواعد الارث على ما ذكر .

هذا والاعتراض بأن الوارث يعتبر من الغير بالنسبة الى التصرفات
الضارة به الصادرة من المورث لأحد ورثته لا محل له متى كان التصرف
منجزا ، اذ القانون لا يحرم مثل هذا التصرف على الف شخص كامل الأهلية
ولو كان فيه حرمان ورثته ، لأن التوريث لا يقوم الا على ما يخلفه المورث
وقت وفاته أما ما يكون قد خرج من ملكه حال حياته فلا حق للورثة فيه) *

« طعن رقم ٩١ لسنة ١٧ ق - جلسة ١٩٤٨/١٢/٢٣ »

٣ - (التحايل الممنوع على أحكام الارث لتعلق الارث بالنظام العام
هو - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - ما كان متصلا بقواعد التوريث
وأحكامه المتبيرة شرعا ، كاعتبار شخص وارثا وهو فى الحقيقة غير وارث
أو العكس ، وكذلك ما يتفرع عن هذا الأصل من التعامل فى التركات
المستقبلية بإيجاد ورثة قبل وفاة المورث غير من لهم حق الميراث شرعا أو الزيادة

أو النقص في حصصهم الشرعية ، ويترتب على هذا أن التصرفات المنجزة الصادرة من المورث في حالة صحته لأحد ورثته أو لفريهم تكون صحيحة ، ولو كان يترتب عليها حرمان بعض ورثته أو التقليل من أنصبتهم في الميراث ، لأن التوريث لا يقوم الا على ما يخلفه المورث وقت وفاته أما ما يكون قد خرج من ماله حال حياته فلا حق للورثة فيه) .

« طعن رقم ٣٨ لسنة ٣٦ ق - جلسة ١٩٧٠/٣/٣٩ »

٤-١ : (التحايل المتوخى على أحكام الارث لتعلق الارث بالنظام العام هو - وعن ما جرى به قضاء هذه المحكمة - ما كان متصلاً بقواعد التوريث وأحكامه المحبذة شرعاً ، كاعتبار شخص وارثاً ، وهو في الحقيقة غير وارث أو العكس ، وكذلك ما يتفرع عن هذا الأصل من التعامل في التركات المستقبلية كإيجاد ورثة قبل وفاة المورث غير من لهم حق الميراث شرعاً ، أو الزيادة أو النقص في حصصهم الشرعية ، ويترتب على هذا أن التصرفات المنجزة الصادرة من المورث في حال صحته لأحد ورثته أو لفريهم تكون صحيحة ولو كان يترتب عليها حرمان بعض ورثته أو التقليل من أنصبتهم في الميراث لأن التوريث لا يقوم الا على ما يخلفه المورث وقت وفاته ، أما ما يكون قد خرج منه حال حياته فلا حق للورثة فيه) .

« طعن رقم ٣٣٩ لسنة ٣٨ ق - جلسة ١٩٧٣/١٢/١٨ »

١٤ - وصية المورث بقسمة تركته صحيحة :

نصت المادة ٩٠٨ مدني على أن : (تصح الوصية بقسمة أعيان التركة على ورثة الموصي ، بحيث يمين لكل وارث أو لبعض الورثة قدر نصيبه ، فإن زادت قيمة ما عين لأحدهم على استحقاقه في التركة كانت الزيادة وصية) .

وقد نقلت هذه المادة من المادة ١٣ من القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ بإصدار قانون الوصية التي تنص على أن : (تصح الوصية بقسمة أعيان التركة على ورثة الموصي بحيث يمين لكل وارث أو لبعض الورثة قدر نصيبه

وتكون لازمة بوفاة الموصى فإن زادت قيمة ما عين لأحدهم عن استحقاقه في
التركة كانت الزيادة وصية) . وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٧١
لسنة ١٩٤٦ عن المادة ١٣ صالفة الذكر أنه : (مادة جديدة وضمت
لتمكين المورث من تنظيم تركته وقسمتها بين الورثة على وجه المصلحة التي
يراهها ، فيجوز للمورث أن يعين لكل وارث قدر نصيبه في التركة ، وأن
يوصى بأن يكون لكل وارث ما عينه له ، ووصيته بذلك صحيحة نافذة . قال
بذلك بعض فقهاء الشافعية والحنابلة) .

وواضح مما تقدم أن المادتين سالفتي الذكر أجازتا للمورث أن
يوصى بقسمة أموال تركته ، وذلك استثناء من حكم الفقرة الثانية من
المادة ١٣١ مدني التي تجعل التعامل في تركة انسان على قيد الحياة باطل ،
وعلا بمجر الفقرة المذكورة التي تجيز الاستثناء من هذه القاعدة ينص في
القانون . وعلى ذلك ، يجوز للمورث أن يوصى بتقسيم أموال تركته على
جميع ورثته ، كما يجوز له أن يوصى بتقسيم بعض أموالها ، على أن يظل
الباقى تركة بينهم .

فإذا كان ما أوصى به المورث لأحد ورثته المستقبليين يزيد على نصيبه
الميراثي اعتبرت الزيادة وصية وتأخذ حكمها ، وتنفذ دون اجازة باقي
الورثة إذا كانت في حدود ثلث التركة .

ولقد قضت محكمة النقض بأن :

١ - (النص في المادة ٩٠٨ من القانون المدني على أن : « تصح
الوصية بقسمة أعيان التركة على ورثة الموصى ، بحيث يعين لكل وارث
أو لبعض الورثة قدر نصيبه ، فإذا زادت قيمة ما عين لأحدهم على استحقاقه
في التركة كانت الزيادة وصية » لا يفيد أن الوارث يكتسب ملكية نصيبه
في التركة بالمرث إذا أوصى له المورث بما يعادل هذا النصيب ، ذلك أن
النص المذكور إنما يعرض الى القسمة التي يجريها المورث في تركته بين

بورثته حال حياته وتكون في صورة وصية)

« طعن رقم ١٥٤ لسنة ٣٩ ق - جلسة ١٩٧٤/١٢/٣١ »

٢ - (المقرر في قضاء هذه المحكمة أن لمحكمة الموضوع تحصيل
المعنى الذى قصده المتعاقدان من عبارات العقد مستهدية بالظروف التى
احاطت به طالما كان ما استخلصته لا يخرج عن المعنى الذى تحمله تلك
العبارات ، ولما كان نص المادة ٩٠٨ من القانون المدنى يقضى بأنه تصح
الوصية بقسمة اعيان التركة على ورثة الموصى بحيث يمين لكل وارث أو لبعض
الورثة قدر نصيبه فان زادت قيمة ما يمين لأحدهم عن استحقاقه فى التركة
كانت الزيادة وصية . ولما كان الثابت من الحكم المطعون فيه أنه أيد الحكم
الابتدائى الذى اعتمد تقرير الخبر الذى انتهى الى زيادة نصيب الطائفة
وأخوانها بمقتضى المادة ١٩٦٧/٧/٤ عن حصص الشرعى فى الميراث
واعتبر الزيادة وصية لا تنقل فى حقها الا فى حدود الثلث وقدر نصيب
الطائفة ميراثا ووصية فان هذه النتيجة تكون قد صادفت صحيح القانون
ويضحى النعى على الحكم المطعون فيه بهذا السبب على غير أساس)

« طعن رقم ١٧٥٦ لسنة ٥٢ ق - جلسة ١٩٨٦/٢/٢٣ »

١٥ - جواز الرجوع عن الوصية :

نصت المادة ٩٠٩ مدنى على أن : (القسمة المضافة الى ما بعد الموت
يجوز الرجوع فيها دائما . وتصبح لازمة بوفاة الموصى) . وتتفق هذه
المادة والفقرة الأولى من المادة ١٨ من قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦
التي تجرى على أن : (يجوز للموصى الرجوع عن الوصية كلها أو بعضها
صراحة أو دلالة) .

وعلى ذلك يجوز للمورث - قبل وفاته - أن يرجع عن وصيته لورثته
أو بعضهم بقسمة اعيان تركته ، فاذا توفى كانت تركته شائعة بين الورثة .

وقد اتفقت كلمة الفقهاء على أن للموصى أن يرجع فى وصيته ما دام

سليم الاحلية وذلك لان الوصية تبرع ولان الرجوع فيها يحصل قبل اوان تملكها (٢٥) .

وفي هذا قضت محكمة النقض بان :

١ - (لا تكون الوصية لازمة الا بوفاة الموصى اذ من حقه الرجوع فيها كلها او بعضها حال حياته ، ولا تتحدد شروط الوصية - بصفة نهائية - الا وقت وفاة الموصى لا وقت صدور الارادة منه) .

« طعن رقم ٤١٤ لسنة ٣٦ ق - جلسة ١٩٦٢/٦/٢١ »

٢ - (مؤدى نص المادتين ١٨ ، ٢٠ من قانون الوصية أن وجود الموصى به المعين في ملكية الموصى يجب أن يستمر من وقت صدور الوصية الى وقت قبولها ، لان الوصية عقد غير لازم فما يكون شرطاً لانشائه يكون شرطاً لبقائه ، حتى يتقرر ويلزم بالقبول بعد الوفاة) .

« طعن رقم ٥٢٠ لسنة ٤٢ ق - جلسة ١٩٧٦/٥/٢٧ »

٣ - (مفاد نص المادتين ٢ ، ١٨ من قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ أن الوصية بحسب الأصل تصرف غير لازم لا تنفذ الا بعد الوفاة ، ولا يترتب عليها أى حق قبلها ، فيجوز من ثم للموصى الرجوع صراحة أو دلالة عنها كلها أو بعضها ما دام أن الرجوع الصحيح يكون بأى عبارة ينطقها الموصى أو يكتبها وتدل بوضوح على أنه غير راغب فى الإبقاء على الوصية) .

« طعن رقم ٧ لسنة ٤٥ ق - احوال شخصية - جلسة ١٩٧٧/٢/٢٣ »

٤ - (متى كان الثابت من الأوراق أن الطاعن لم يتمسك امام محكمة بالموضوع برجوع الموصية فى الوصية التى سترها عقد النزاع بالوصية

الرسمية اللاحقة ، ومن ثم لا يقبل منه التحدى بهذا الدفاع لأول مرة أمام محكمة النقض) .

« طعن رقم ٨٠٤ لسنة ٤٤ ق - جلسة ١٩٨١/٤/٧ »

١٦ - حالة عدم شمول القسمة جميع أموال المورث :

نصت المادة ٩١٠ مدنى على أنه : (اذا لم تشمل القسمة جميع أموال المورث وقت وفاته ، فإن الأموال التى لم تدخل القسمة تؤول شائعة الى الورثة طبقا لقواعد الميراث) .

فالقسمة قد لا تشمل جميع أموال المورث وقت الوفاة ، اما لأن المورث يريد ذلك لميراث يقدرها ، فيترك بعض أمواله شائعة ، واما انه قد آلت الى المورث بعد القسمة وقبل وفاته أموال أخرى ولم يدخلها فى القسمة التى أجراها .

وحكم ذلك أن الأموال المذكورة تؤول الى ورثته عند وفاته شائعة ، ولهم اجراء قسمة جديدة فيها .

اما اذا تصرف المورث قبل وفاته فى بعض الأموال التى شملتها القسمة فيختل التوازن فى القسمة التى أجراها ، فان ذلك يمد رجوعا من المورث عن وصيته لأن القسمة هنا تمت بطريق الوصية ، وتؤول الأموال الى ورثته عند وفاته شائعة كان قسمة لم تتم .

وفى هذا جده بالذكر الإيضاحية للمشروع التمهيدى :

(ففىما يتعلق بالأموال ، اذا لم تدخل فى القسمة أموال تركها عند موته ، بقيت هذه الأموال شائعة بين الورثة ، واذا كان الأمر بالعكس وتصرف المورث فى بعض الأموال التى دخلت القسمة فان القسمة تبطل ويجب اجراء قسمة جديدة) (٢٦) .

١٧ - موت بعض الورثة قبل وفاة المورث :

تنص المادة ٩١١ مدني على أنه : (إذا مات قبل وفاة المورث واحد أو أكثر من الورثة المحتملين الذين دخلوا في القسمة ، فإن الحصة المقررة التي وقعت في نصيب من مات تؤول شائعة الى الورثة طبقا لقواعد الميراث) .

وقد أوضحت ذلك المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى بقولها :

(٠٠٠) وإذا نقصوا بأن مات أحد منهم قبل وفاة المورث ، ولم تتغير أنصباة الباقي بعد هذا الموت ، فإن الحصة المقررة التي وقعت في نصيب من مات تؤول شائعة لبقية الورثة بنسبة حصة لكل منهم في الميراث وإن حجب أحد منهم بوارث وجد بعد القسمة وتغيرت الأنصباة بهذا الحجب بطلت القسمة (٢٧) .

١٨ - زيادة الورثة عما كانوا عليه وقت الوصية :

قد يزيد عدد الورثة وقت وفاة المورث عن عددهم وقت الوصية ، وهو ما يترتب عليه تغيير في أنصبة الورثة ، وفي هذه الحالة تبطل الوصية وتنتقل أعيان التركة الى الورثة الموجودين وقت الوفاة شائعة ولهم اجراء القسمة اذا أرادوا .

وفي هذا تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى :

(وفيما يتعلق بالورثة اذا زادوا وقت الموت عما كانوا وقت الوصية ، فإن القسمة تصبح باطلة) (٢٨) .

١٩ - عدم تناول القسمة كل ديون التركة أو عدم موافقة الدائنين :

تنص المادة ٩١٣ مدني على أنه : (اذا لم تشمل القسمة ديون التركة أو شملتها ولكن لم يوافق الدائنون على هذه القسمة ، جاز عند عدم

(٢٧) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٦ ص ٢٨٧ .

(٢٨) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٦ ص ٢٨٧ .

تسوية الديون بالاتفاق مع الدائنين أن يطلب أى وارث قسمة التركة طبقا للمادة ٨٩٥ ، على أن تراعى بقدر الامكان القسمة التى اوصى بها المورث والاعتبارات التى يثبت عليها) .

فالمقرر انه يجب لنفاذ القسمة التى يجريها المورث فى حق دائنى التركة ، أن يوافق الدائنون على هذه القسمة . فاذا كانت القسمة شملت ديون التركة ولكن لم يوافق عليها الدائنون ، او كانت القسمة لم تشمل هذه الديون ، فأحد أمرين :

الأول : أن يتفق الورثة مع الدائنين على تسوية ديونهم ، وفى هذه الحالة ينفذ اتفاقهم وتنفذ قسمة المورث .

الثانى : ألا يتفق الورثة مع الدائنين على تسوية ديونهم ، وفى هذه الحالة تعتبر القسمة التى أجراها المورث غير كاملة ، ويكون لكل منهم أن يطلب اجراء قسمة جديدة من المحكمة المختصة بنظر شئون التصفية طبقا لأحكام المادة ٨٩٥ مدنى التى تجرى على أن : (اذا لم يجمع الورثة على طلب حلول الدين المؤجل ، تولت المحكمة توزيع الديون المؤجلة وتوزيع أموال التركة ، بحيث يختص كل وارث من جملة ديون التركة ومن جملة أموالها بما يكون فى نتيجته معادلا لضافى حصته فى الارث .

وترتب المحكمة لكل دائن من دائنى التركة تأمينا كافيا على عقار أو منقول ، على أن تحتفظ لمن كان له تأمين خاص بنفس هذا التأمين . فان استحال تحقيق ذلك ، ولو باضافة ضمان تكميل يقدمه الورثة من ماله الخاص أو بالاتفاق على أية تسوية أخرى رتبت المحكمة التأمين على أموال التركة جميعها .

وفى جميع هذه الأحوال اذا ورد تأمين على عقار ولم يكن قد سبق شهره ، وجب أن يشهر هذا التأمين وفقا للأحكام المقررة فى شهر حق الاختصاص) .

واحتراما لارادة المورث واحتراما لوحيته . يجب على المحكمة أن تلتزم

بنا نصت عليه المادة السابقة بقدر الامكان القسمة التي اوصى بها المورث .
والاعتبارات العائلية والشخصية التي بنيت عليها هذه القسمة . فلا تنخرق
عنها الا لضرورة .

٢٥ - سريان احكام القسمة على قسمة المورث عدا احكام الفبن :

نصت المادة ٩١٢ مدنى على أن : (تسرى فى القسمة المضافة الى
ما بعد الموت احكام القسمة عامة عدا احكام الفبن) .

وعلى ذلك تسرى على قسمة المورث كافة الاحكام التى تسرى على
القسمة ، عدا احكام الفبن ، فيسرى عليها احكام ضمان التعرض والاستحقاق
وامتياز المتقاسم .

اما احكام الفبن التى تسرى على دعوى القسمة فانها تتعارض مع
طبيعة قسمة المورث باعتبارها وصية ، فالزيادة فى نصيب احد الورثة لا تعد
غبنا وانما تعد وصية تسرى فى حق باقى الورثة دون اجازتهم فى حدود
ثلث التركة جميعا (٢٩) .

٢٩ - انواع القسمة :

اذا اتفق الشركاء على كيفية اقتسام المال الشائع بينهم تمت القسمة

(٢٩) وكانت المادة - كما وردت فى المشروع التمهيدي - تنص فى
فقرتها الاولى على أن : (تسرى فى القسمة المضافة الى ما بعد الموت احكام
القسمة عامة ، ويسرى بوجه خاص ما يتعلق من هذه الاحكام بضمان
التعرض والاستحقاق ، وما يتعلق منيا بالفبن وامتياز المتقاسم) ، ووافقت
لجنة المراجعة على النص مع تعديل لفظي الا ان النص عدلته لجنة القانون
المدنى بمجلس الشيوخ وجاء بتقريرها : (عدلت الفقرة الاولى فأصبحت
« تسرى فى القسمة المضافة الى ما بعد الموت احكام القسمة عامة فيما عدا
احكام الفبن » . وقد أخذت اللجنة بحكم يخالف الحكم الذى أخذ به المشروع
فلم تجعل الفبن سببا من اسباب الطعن فى القسمة المضافة الى ما بعد
الموت دفعا للتدخل بين احكام الوصية والاحكام المتعلقة بالفبن ... الخ) -
مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٦ ص ٢٨٤ وما بعدها .

بموجب هذا الاتفاق ، فتكون القسمة حينئذ قسمة اتفاقية وإذا لم يتفق الشركاء على ذلك ، تولى القضاء إجراء القسمة بناء على طلب أحد الشركاء المشتاعين ، فتكون القسمة حينئذ قسمة قضائية .

وهذه القسمة ترد على الملك ومن ثم فهي دائمة وتسمى بالقسمة النهائية .

ولا تكون القسمة النهائية قابلة للزوال إلا إذا كانت معلقة على شرح فاسخ أو شرط واقف وتحقق الشرط الفاسخ أو الشرط الواقف . اد يترتب على تحقق هذا الشرط زوال القسمة بأثر رجعي شتعتبر كأنها لم تكن .

ولذلك تسمى القسمة المعلقة على شرط فاسخ أو واقف بالقسمة غير الباتة .

والقسمة النهائية سواء كانت اتفاقية أو قضائية اما أن تكون قسمة كلية أو قسمة جزئية . واما أن تكون قسمة معينة أو قسمة تصفية .

فانقسمة الكلية أو الكاملة هي القسمة التي تشمل كل الأموال الشائعة ليحصل كل شريك على نصيب مفرز منها . وهذا هو الأصل في القسمة النهائية .

اما القسمة الجزئية فهي التي تتناول مال من الأموال الشائعة أو أكثر وتبقى باقي الأموال شائعة بين الشركاء ، وذلك اما باخراج شريك أو أكثر من حالة الشيوع ويبقى باقي الشركاء كما كانوا ملاكا على الشيوع لما تبقى بعد افراز نصيب من تم اخراجه من حالة الشيوع ، أو تتناول بعض الأموال الشائعة فتقسم بين الشركاء ، بينما تبقى باقي الأموال شائعة كما هي .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

(الأصل في انتقال الملكية للورثة أنها تنتقل شائعة بينهم حتى تنم القسمة وعندئذ يعتبر المتقاسم فيما كان محلا للقسمة ، وعلى ما تقضى به

المادة ٨٤٣ من القانون المدني ، مالمكا للحصة التي آلت اليه من وقت ان تملك في الشيوع وأنه لم يملك غيرها في بقية الحصص وبذلك يظل ما لم يدخل القسمة من المال شائما على حاله شائما بين الورثة) .
« طعن رقم ٢٨٢ لسنة ٤٠ ق - جلسة ١٩٧٥/٣/٣٠ »

واما بتقسيم الاموال الشائنة الى قسمين او اكثر بحيث تختص كل مجموعة من الشركاء يقسم منها شائما بينهم(٣٠) .

وهذه الصورة الأخيرة وان لم يترتب عليها افراز نصيب لكل شريك او لبعض الشركاء الا أنها تفرز حقوق كل مجموعة من الشركاء عن حقوق غيرهم ويطلق البعض عليها اصطلاح (قسمة طبقات) او اصطلاح (قسمة فئات) (٣١) .

والقسمة المينية هي التي تؤدي الى افراز نصيب الشريك في الاموال الشائنة ، وهذا هو الاصل في القسمة . ويكون الافراز اما بطريقة التجنيب او بطريق القرعة .

وتكون القسمة المينية بدون مصل او بمعدل اذا لم يمكن اجراء القسمة الا اذا نال احد الشركاء نصيبا اكثر من حصته فيدفع للشركاء الآخرين الذين نالوا نصيبا اقل ، مبلغا من النقود يعادل انصبتهم فتكون معادلة لحصصهم .

والقسمة بطريق التصفية ، تجري اذا لم يمكن تقسيم الاموال عيناً ، فتباع الاموال الشائنة بالميزاد ويجوز بيعها بالمزايدة اذا اتفق الشركاء على ذلك ، ويوزع الثمن المحصل من البيع على الشركاء بنسبة حصصهم الشائنة . وهنا لا يخلو الأمر من أحد فرضين :

(٣٠) منصور مصطفى منصور ص ١٨٢ .
(٣١) منصور مصطفى منصور ص ١٨٢ هامش (١) .

١ - أن يتفق الشركاء على أن ينحصر المزايد فيهم ، وهذا حق لهم عملاً بالمادة ٨٤١ مدني وفي هذه الحالة فإن المزايد يرسو على واحد منهم ويكون رسو المزايد قسمة بطريق التصفية .

٢ - ألا يتفق الشركاء على أن ينحصر المزايد فيهم ، وفي هذا الفرض قد يرسو المزايد على واحد منهم ، فيعتبر هذا الرسو قسمة بطريقة التصفية . وقد يرسو المزايد على أجنبي ، فيعتبر رسو المزايد بيعاً من جميع الشركاء على هذا الأجنبي .

وقد ترد القسمة على الثلثة وتسمى بقسمة المهايأة ، وهي قسمة مؤقتة لها صورتان : قسمة المهايأة المكانية ، وقسمة المهايأة الزمانية .

ففي الصورة الأولى يتفق الشركاء على أن يختص كل منهم بمنفعة جزء مفرز يوازي حصته في المال الشائع متنازلاً لشركائه في مقابل ذلك عن الانتفاع بباقي الأجزاء .

وفي الصورة الثانية يتفق الشركاء على أن يتناوبوا الانتفاع بجميع المال المشترك ، كل منهم لمدة تتناسب مع حصته .

وهذه القسمة قسمة منفعة - كما قلنا - لا قسمة ملك ، ولا تدوم أكثر من خمس سنوات .

(انظر في التفصيل موضوع رقم ٨) .

موضوع رقم (٢) القسمة الاتفاقية

٢٢ - النص القانوني :

المادة ٨٣٥ مدني :

(للشركاء ، اذا انعقد اجماعهم ، أن يقتسموا المال الشائع بالطريقة التي يرونها • فإذا كان بينهم من هو ناقص الأهلية ، وجبت مراعاة الاجراءات التي يفرضها القانون) •

٢٣ - القسمة الاتفاقية عقد تسرى عليه الأحكام العامة في التقنين المدني :

القسمة الاتفاقية ليست سوى عقد من العقود يبرمه الشركاء المشتاعون بقصد انتهاء حالة الشيوع • ومن ثم يخضع في انعقاده لما تخضع له سائر العقود ، سواء من حيث التراضي أو المحلل أو السبب ، فلا بد من تراضي الشركاء ، وتوافر الأهلية وخلو الإرادة من العيوب ، واستيفاء المحلل لشروطه ووجود سبب مشروع •

ويجب أن يكون الاتفاق على القسمة نهائيا ، فالاتفاق التمهيدى على أسس القسمة يسقط اذا اعترض أحد الشركاء على تنفيذه (١) •

٢٤ - اختيار الشركاء لطريقة القسمة :

نصت المادة ٨٣٥ مدني على أن للشركاء اذا انعقد اجماعهم ، أن يقتسموا المال الشائع بالطريقة التي يرونها •
فللشركاء الاتفاق على أن تكون القسمة عينية فيفرون نصيب كل منهم في المال الشائع ، وقد تكون القسمة بمعدل أو بغير معدل •

(١) محمد علي عرفة ص ٤٢٨ •

ولهم الاتفاق على أن تكون القسمة كلية فتشمل المال الشائع جميعه .
أو جزئية يقصرونها على بعض هذا المال ، فيظل باقي المال شائعا بينهم
على أصله .

ولهم الاتفاق على تجنب جزء مفرز من المال الشائع نصيبا لأحدهم
بينما يستمر الباقيون في الشيوع ولهم الاتفاق على إجراء القسمة بطريق
التصفية فيبيعون المال الشائع ويقسمون ثمنه على الشركاء . كل بحسب
مقدار حصته ، ويتفق الشركاء على ذلك عادة إذا كان المال لا يقبل القسمة
العينية أو إذا كانت قسمته عينا تؤدي إلى خسارة لهم .

ولهم الاتفاق على بيع جزء فقط من المال الشائع وقسمة حصيلة ثمنه
عليهم بحسب أنصبتهم ، على أن يظل الجزء الباقي شائعا بينهم أو يقسمونه
عينا .

ولهم إجراء البيع بطريق الممارسة ، أما إذا اختلفوا في ذلك فلا مناص
من إجراء البيع بالمزاد .

وإذا اتفقوا على بيع المال بالمزاد فلهم أن يقصروا الزائدة على الشركاء .
ولهم أن يسمحوا لأجنبي عن الشيوع بالدخول في المزاد فإذا رسا المزاد على
أحد الشركاء اعتبر رسو المزاد قسمة تصفية . أما إذا رسا المزاد على أجنبي
اعتبر رسو المزاد بيعا .

٢٥ - اتفاق بعض الشركاء على القسمة :

وأما أن القسمة عقد كسائر العقود ، ومن ثم فالقسمة لا تتم إلا إذا
اتفق عليها كل الشركاء في المال الشائع .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

(حالة الشيوع بين الشركاء لا تنتهي إلا باتجاه إرادتهم جميعا إلى

قسمة نهائية) .

« طعن رقم ٢٩ لسنة ١٩ ق - جلسة ١٩٥١/٥/٢٩ »

أما إذا اتفق بعض الشركاء على القسمة دون البعض الآخر فلا تكون القسمة نافذة أى لا يترتب عليها انتهاء الشيوخ ، ولكن يتقيد بها الشركاء الذين وافقوا عليها فيظل العقد قائما بالنسبة لهم فإذا أقرها الشركاء الآخرون بعد ذلك ، فإنها تتم بهذا الاقرار وينتهى بها الشيوخ (٢) .

وحق هؤلاء الشركاء فى الاقرار بالقسمة لا يرتبط بموعد معين وينتقل الى ورثة من يتوفى منهم :

وقد قضت محكمة النقض بان :

١ - (إذا كانت القسمة قد عابها أنها لم يشترك فيها الا بعض الشركاء ، فلا يحق لمن عقدها منهم أن يتمسك ببطلانها المترتب على ذلك ، بل الذى يحق له التمسك بهذا البطلان هو من لم يكن طرفا فيها) .
« طعنان ورقما ١٠٥ ، ١٣٣ لسنة ١٦ قى - جلسة ١٩٤٧/٦/٥ »

٢ - (عقد القسمة النهائية الذى يوقعه بعض الشركاء لا يعتبر باطلا لعدم توقيعه من جميع الشركاء بل يظل ملزما لكل من وقعه ولا يجوز لاحد منهم التحلل من التزامه بحجة تخلف أحد الشركاء عن توقيع العقد ، بل يظل العقد قائما وللشريك الذى لم يوقعه أن يقره متى شاء - وحق الشريك الذى لم يوقع العقد فى اقرار هذا العقد يظل قائما له ما بقيت حالة الشيوخ ويكون لورثته من بعده ، اذ عقد القسمة ليس من العقود التى لشخصية عاقديها اعتبار فى ابرامها لأنها لو لم تتم بالرضا جاز اجراؤها قضاء .
ولا يحول دون مباشرة الورثة هذا الحق كون العقد الذى لم يوقعه أحد الشركاء من خص بنصيب مفرز فيه يعتبر بمشابة ايجاب موجه الى ذلك الشريك فلا خلافة فيه ، اذ هو فى قصد من وقعه ايجاب لا لشخص الشريك

(٢) السنهورى ج ٨ ص ١١٨٢ وما بعدها - جليل الشرفاوى ص ١٥٠ وما بعدها - عبد المنعم الصنت ص ٢٢٤ - منصور مصطفى منصور ص ١٨٤ - أحمد سلامة ص ٣٧٥ وما بعدها .

آخر بالذات بل لكل من يملك نصيبه ، فلا ينقضى وفاة ذلك الشريك .
فالحكم الذى ينقضى برفض دعوى صحة ونفاذ عقد قسمة لم يتخلف عن توقيعه
من الشركاء الأصليين سوى واحد فوقعه ورثته ، مستندا فى ذلك الى أن أحد
موقعى العقد يحق له أن يتحدى بعدم توقيع أحد الشركاء وأن يعتبر العقد
غير ملزم له لوفاة هذا الشريك دون توقيعه ولأن ورثته لا يستطيعون قبول
العقد بعد وفاته - هذا الحكم يكون مخالفا للقانون) .

« طعن رقم ١٠٦ لسنة ١٨ ق - جلسة ١٩٥٠/٢/٢٣ »

٣ - (إذا اشترى زيد قدرا مفرزا من الأطنان من واث ثم باع هذا
القدر الى بكر ، ثم رفع واث آخر دعوى يطلب تثبيت ملكيته لنصيبه شائما
فى التركة اختصم فيها اخوته وزيدا وبكرا ، فقضت المحكمة برفض دعواه
تأسيسا على أن قسمة حصلت بينهم وأن هذه القسمة ملزمة له ولبقية
الورثة لأجازته عقدها وموافقة جميع الورثة عليه وانه بموجب هذه القسمة
يملك نصيبه فى التركة مفرزا ، ثم رفع هذا الواث دعوى على زيد وبكر
طلب فيها الحكم بتثبيت ملكيته الى القدر الذى اشتراه زيد وباعه الى بكر
تأسيسا على أن هذا القدر يدخل فيما اختص به بموجب عقد القسمة ،
فدفع بكر هذه الدعوى بأن عقد القسمة باطل لأن بعض الورثة لم يوقعوا
عليهم ومنهم الواث لبائمه ، فقضت المحكمة له بتثبيت ملكيته لهذا القدر
مؤسسة قضاها على أن عقد القسمة صحيح ملزم لجميع الورثة ومن تلقوا
حقوقا عينية منهم ، وانه على فرض أن الواث البائع لم يوقعه فان بكرا
كان ممثلا فى الدعوى السابقة ولم يبد اعتراضا على العقد عندئذ بحته
المحكمة فى مواجهته وأن زيدا حين اشترى من ذلك الواث البائع كان
الوارث مالكا على الشيوع فكان بيعه متوقفا على نتيجة القسمة وما دام المبيع
لم يقع فى نصيبه فلا يكون لبيعه أثر ، فهذا الحكم لا خطأ فيه . أما الطعن
عليه بمقولة أنه أخطأ إذ اعتد بعقد القسمة مع أنه لم يكن مسجلا فلا يجوز
الاحتجاج به قبل من تلقوا حقوقا عينية من الورثة بمقود مسجلة وبأنه لم
يلق بالا الى أن هذه القسمة باطلة بالنسبة الى بكر لأنها قد حصلت فى

غيبته. هو وزير البائع له ، فهو طعن مردود . ما دام كل ما أناره بكر من منازعة لدى محكمة الموضوع في عقد القسمة انحصر في أنه لم يوقع عليه الوارث الذي باع لزيد الذي باع له فهو غير ملزم له ، وما رد به الحكم على هذه المنازعة كاف ولا خطأ فيه ، أما ما عدا ذلك مما لم يقدم دليل على سبق التمسك به لدى محكمة الموضوع فلا يعتد به) .

« طعن رقم ٤ لسنة ٢٠ ق - جلسة ١٩٥١/١٢/٦ »

٤ - (عقد القسمة النهائية الذي يوقعه بعض الشركاء لا يعتبر باطلا لعدم توقيعه من جميع الشركاء بل يعتبر ملزماً لكل من وقعه ولا يجوز لأحد منهم التحلل من التزامه بحجة تخلف أحد الشركاء عن التوقيع بل يظل العقد قائماً وللشريك الذي لم يوقعه أن يقره متى شاء) .

« طعن رقم ٧٨ لسنة ٢٢ ق - جلسة ١٩٥٥/٥/١٩ »

٥ - (حق الشريك في اقرار عقد القسمة الذي لم يكن طرفاً فيه يظل قائماً له ما بقيت حالة الشيوع ويكون لورثته من بعده ، ذلك أن عقد القسمة ليس من العقود التي لشخصية عاقديها اعتبار في إبرامها لأنها لو لم تتم بالرضا جاز إجراؤها قضاء ، ولا يحول دون مباشرة الورثة لهذا الحق كون العقد الذي لم يوقعه أحد الشركاء ممن خص بنصيب مفرز فيه يعتبر بمثابة إيجاب موجه إلى ذلك الشريك فلا خلافة فيه إذ هو في قصد من وقعه إيجاب لا لشخص الشريك الآخر بالذات بل لكل من يملك نصيبه ، ومن ثم فإنه لا ينقضي بموت ذلك الشريك) .

« طعن رقم ٧٨ لسنة ٢٢ ق - جلسة ١٩٥٥/٥/١٩ »

٦ - (عدم نفاذ عقد القسمة في حق الشريك المشتاع لعدم توقيعه عليه . التمسك به يكون للشريك الذي لم يوقع عليه أو خلفه) .

« طعن رقم ٧٧١ لسنة ٥٣ ق - جلسة ١٩٨٧/٦/٢٥ - قرب طعن

٥٣٧ لسنة ٥٠ ق جلسة ١٩٨٣/١٢/١٥ »

٧ - (عقد القسمة لا يبطله عدم توقيع جميع الشركاء عليه • اعتباره ملزما لكل من وقع منه • عدم جواز تحليل الشريك المتقاسم من التزاماته بحجة تخلف شريك آخر عن التوقيع على عقد القسمة • للأخير اقراره متى شاء • مؤداه • انصراف اثره اليه • م ٨٣٥ مدني) •

• طعن رقم ٢٧٤ لسنة ٥٣ ق - جلسة ١٩٨٨/٤/٢١ «(٣)

ولا يستثنى مما تقدم الا أن يتضمن الاتفاق على القسمة بين الشركاء شرطا بحق الرجوع في الرضاء اذا لم يوافق باقي الشركاء في أجل معين ، أو يرجع من رضى من الشركاء بالقسمة عن اتفاقهم مع اخطار الشركاء الذين لم يكونوا طرفا فيه ، شريطة أن يتق هذا الرجوع قبل صدور اقرار بقبية الشركاء(٤) •

أما لو استأنر المتفقون بكل المال الشائع وقسموه بينهم - فعدا از سهوا - فان القسمة تكون باطلة(د) •

٢٦ - القسمة المتعلقة على شرط واقف أو فاسخ :

القسمة عقد كسائر العقود ، ومن ثم يجوز تعليق القسمة على شرط واقف ، كان يتفق الشركاء على تعليق القسمة على ثبوت ملكية أحد أعيان المال الشائع لأحد الشركاء •

(٣) وقد قضى بأن : (عدم توقيع جميع الشركاء على عقدى القسمة • وكونها لا تصلح للاحتجاج بها على الطاعنين ليس من شأنه أن يحول دون وضع يد المطعون عليهم - شركائهم في الملكية على الأطيان موضوع العقدين - وضعا مؤديا لكسب الملك ، ولا يمنع من أن يتخذ الحكم من هذين العقدين قرينة على ثبوت وضع اليد ، تضاف الى أقوال شاهدي الانبات) •
« تقضى طعن رقم ٢٥٥ لسنة ٣٦ ق - جلسة ١٩٧١/٦/٢٤ »

(٤) أحمد سلامة ص ٣٧٦ وما بعدها •

(٥) السنهوري ص ١١٨٣ هامش (١) - أحمد سلامة ص ٣٧٦

هامش (١) •

كما يجوز تعليق القسمة على شرط فاسخ كأن يتفق الشركاء على انفساخ القسمة اذا استحق جزء من اعيان المال الشائع . أو كان يملقوا القسمة على تحول المال الشائع من أرض زراعية الى أرض بناء خلال فترة معينة .

كما يجوز في حالة اتفاق بعض الشركاء فقط على القسمة دون باقي الشركاء ، تعاقبها على شرط واقف هو موافقة الشركاء الذين لم يتفقوا معهم على القسمة .

٢٧ - القسمة تحتاج الى وكالة خاصة :

تنص الفقرة الأولى من المادة ٧٠٢ مدنى على أنه : (لا بد من وكالة خاصة في كل عمل ليس من أعمال الادارة ، وبوجه خاص في البيع والرهن والتبرعات وانفصال والاقرار والتحكيم وتوجيه الدين والمرافعة امام القضاء) .

ولما كان عقد القسمة من العقود التبادلية ومن التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر فانه يلزم لابرامه قيام وكالة خاصة او وكالة عامة ينص فيها صراحة على تفويض الوكيل في ابرامه .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

(عقد القسمة من العقود التبادلية ومن التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر - مؤداه - وجوب قيام وكالة خاصة او وكالة عامة ينص فيها صراحة على تفويض الوكيل في ابرامه) (٦) .

« طعن رقم ٢٧٤ لسنة ٥٣ ق - جلسة ١٩٨٨/٤/٢١ »

(٦) وقضت محكمة النقض أيضا بتاريخ ١٩٦٢/٥/٣ في الطعن رقم ٤٤٩ لسنة ٢٦ ق بأن عقد القسمة من العقود التبادلية التي تتقابل فيها الحقوق ، ومن التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر .

٢٨ - اثبات القسمة :

لما كانت القسمة الاتفاقية عقد كسائر العقود ، فانها تخضع في اثباتها للقواعد العامة في الاثبات ، فاذا كانت قيمة المال الشائع محل القسمة تزيد على مائة جنيه - وهذا هو الغالب - فلا يجوز اثبات القسمة الا بالكتابة او ما يقوم مقام الكتابة .

فاذا لم تزيد قيمة المال الشائع محل القسمة على مائة جنيه فانه يجوز اثبات القسمة بالبينة واقرائين (م ٦٠ من قانون الاثبات مدلة بالقانون رقم ١٢٣ لسنة ١٩٩٢) .

والمعلوم أن قواعد الاثبات مما لا يتعلق بالنظام العام ، ويجب التمسك بعدم جواز الاثبات بالبينة في الحالات التي لا يجوز فيها ذلك من الخصم .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

(القسمة الاتفاقية عقد كسائر العقود فتخضع في الاثبات للقواعد العامة ، فلا يجوز اثباتها الا بالكتابة او ما يقوم مقامها اذا زادت قيمة المال المقسوم على عشرة جنيهات) (٧) .

« طعن رقم ١٥١ لسنة ٣٣ ق - جلسة ١٩٦٧/٤/٢٠ »

(انظر في اثبات القسمة الفعلية البند التالي) .

٢٩ - القسمة الفعلية :

القسمة الفعلية قسمة تقوم على التراضي دون اتفاق صريح عايبها ، فهي تقع عن طريق التعبير الضمني عن الارادة .

وهذه القسمة تسمى بالقسمة الضمنية ، وقد اطلقت عليها محكمة النقض - كما سنرى - القسمة الفعلية .

(٧) رفع النصاب الى مائة جنيه بموجب المادة ٦٠ من قانون الاثبات مدلة بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢ .

والتراضى الضمنى الذى يؤدى الى القسمة الفعلية هو ذلك الذى يستخلص من ظروف الحال ، ويعتبر هذا الاستخلاص مسألة موضوعية .

ومثال القسمة الضمنية أو الفعلية أن يتصرف أحد الشركاء فى جزء مفرز من المال الشائع يعادل حصته ، فيحذو حذوه كل الشركاء وتتابع تصرفاتهم حتى اذا قام آخرهم بإبرام تصرفه وقعت القسمة .

وهذه القسمة تنطبق عليها القاعدة العامة فى وجوب التسجيل للاحتجاج بها على الغير - كما سنرى - على انه يكفى فى هذا ، نظرا للطبيعة الخاصة للقسمة الفعلية ، أن تكون التصرفات المتتابعة التى قام بها الشركاء الواحد بعد الآخر قد تم تسجيلها جميعا (٨) .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١ - (اذا كان الحكم قد استظهر ما استعرضه من التصرفات الصادرة من الورثة فى أوقات مختلفة ، وما ذكره بعضهم فى عقد صادر منه ببيع بعض ما اختص به من أنه يملك القدر المبيع بعض المدة الطويلة استظهر من ذلك أن الورثة اقتسموا الأرض المخلقة عن مورثهم ، وأن كل واحد منهم وضع يده على حصة مفرزة من التركة بصفته مالكا المدة المكتسبة للملكية ، ثم رتب على القسمة التى قال بها ، ولو أنها لم تكن بعقد مسجل ، نتائجها القانونية فى حق الغير ، فلم يعول على ما كان من أحد الورثة من رهنه الى أحد دائنيه أرضا شائعة لا يملك منها شيئا بمقتضى القسمة ، فانه لا يكون قد خالف القانون فى شيء) .

« طعن رقم ٢٢ لسنة ١٢ ق - جلسة ١٩٤٢/١٢/٢٤ »

٢ - (اذا طلب بعض الورثة تثبيت ملكيته لنصيبه شائعا ، وتبينت

(٨) السنهورى ص ١١٨٤ وما بعدها - أحمد سلامة ص ٣٧٥ - عبد المنعم الصدة ص ٢٢٤ - منصور مصطفى منصور ص ١٨٤ - اسماعيل غانم ص ١٨٢ .

المحكمة من تقرير الخبير الذي تدب في التفتي أنه بعد أن تصرف أحد الورثة في جزء محدود من الأطنان المخلفة عن المورث تصرف سائرهم بالبيع في أنصبتهم محددة ؛ كذلك وتسلم المشترون منهم ما اشتروه ووضعوا اليد عليه مجددا ، وأصبحوا جميعا لا يملكون شيئا في هذه الأطنان ، ثم رأت أن تصرف سائر الورثة على هذه الصورة فيه إجازة لما تصرف فيه ذلك الوارث وأن هذا التصرف وقع صحيحا لأنه كان في حدود القدر الذي يملكه بالمراث ، ولذلك قضت برفض الدعوى فقتضاؤها سليم ولا يمنع من صحة هذا النظر أن يكون تصرف من عدا الوارث الأول لاحقا لتصرفه ، لأن تصرفه هذا ما كان يرغبهم على قبوله بل لقد كان لهم حق الاعتراض عليه قانونا ، وما داموا هم قد تابعوه وتصرفوا في أنصبتهم على التحديد كما فعل هو فإن تصرفهم هذا يدل على رضائهم بهذه القسمة الفعلية التي تمت بفعل جميع الورثة على السواء .

« طعن رقم ٣٩ لسنة ١٤ ق - جلسة ١٩٤٤/١٢/٢١ »

٣ - (إذا قضت المحكمة لبعض الملاك المشتاعين بملكية بعض الأعيان المشتركة مفرزة ، وبنت حكمها على أن كلا منهم قد استقل بوضع يده على جزء معين من الملك الشائع حتى تملكه بمضى المدة مستدلة على ذلك بالبينة والقرائن فهذا الحكم لا يعتبر مؤسسا على التقرير بوقوع تصاعد على قسمة بين الشركاء ، ولذلك لا يصح النعي عليه أنه قد خالف القانون إذ هو لم يستند الى دليل كتابي على القسمة) .

« طعن رقم ٤٢ لسنة ١٥ ق - جلسة ١٩٤٦/٤/٤ »

٤ - (حالة الشيوخ بين الشركاء لا تنتهى الا باتجاه ارادتهم جميعا الى قسمة المال قسمة نهائية ، واذن فمتى كان الحكم المطعون فيه اذ قرر عدم حصول قسمة في المقار المشفوع به قد اقام قضاؤه على ما حصلته المحكمة تحصيلًا سابقا من أن الأعيال المبادية التي اثبتها خبير الدعوى - استحداث بيان بالمنزل - غير قاطعة في افادة هذا المعنى ووجدت في تقرير

الحجير وأوراق الدعوى ما يكفي لتكوين عقيدتها دون حاجة الى الاستعانة برأى حجير آخر. فان النعى على الحكم بالقصور فى التسبيب استنادا الى أنه لم يرد على الطاعن التى وجهها الطاعن الى الحجير والى اعساله ولأنه منسوخ محضر مناقشة الحجير. هذا النعى يكون فى غير محله) .

« طعن رقم ٢٩ لسنة ١٩ ق - جلسة ١٩٥١/٥/٣٩ »

٥ - (لكل من الشركاء على الشيوع حق تأجير المال الشائع كله أو بعضه من غير أن يعتبر ذلك دليلا على حصول قسمة هذا المال ، واذن فمتى كان الطاعن فى مقام الاستدلال على حصول قسمة العقار المشفوع به قد تمسك بأن المطعون عليه الأول قد عرض على مجلس المديرية تأجير قسم مفروز معادل لنصيبه من هذا المنزل غير مجاور للمنزل المشفوع فيه واستدل على ذلك بما ورد بمحضر انتقال المحكمة الى هذا المجلس ، وكان الثابت من هذا المحضر أنه وإن كن المنزل الذى عرض المطعون عليه الأول تأجيره على المجلس معادلا لنصيبه فى العقار المشفوع به الا أنه لا يوجد فى الأوراق ما يفيد وجود حدود له ولا حصول قسمة بين الورثة ، وكان الحكم المطعون فيه قد قرر أنه لا يمكن من الاطلاع على محضر الانتقال معرفة ما اذا كان المبنى المجاور للمنزل المشفوع فيه أو جزء منه فقط ، فان النعى عليه القصور فى التسبيب استنادا الى أنه منسوخ محضر الانتقال فيما استنتجه منه يكون على غير أساس متى كان طلب التأجير خاليا من بيان حدود العقار المراد تأجيره أو ما يفيد حصول قسمة المنزل) .

« طعن رقم ٢٩ لسنة ١٩ ق - جلسة ١٩٥١/٥/٣٩ »

٦ - (على أنه اذا كان مرمى دفاع الطاعن الذى أبداه أمام محكمة الموضوع هو حصول قسمة فعلية مما يجوز اثباتها بالبينة فان الحكم المطعون فيه قد نفى حصول أية قسمة اتفاقية بين جميع الورثة بقوله « وينقض هذا الدفاع أن أخ المستأنف عبد الحميد عبد الرازق سبق أن رفع على المستأنف (الطاعن) فى ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٤٨ الدعوى ٣١٧ سنة ١٩٤٩ مدنى كل

المصورة يطلب فيها نفس طلبات المستأنف عليهم (المظنون ضددهم) في
الدعوى الحالية وقضى له ابتدائيا ببطان عقد البيع المسجل في أول مارس
سنة ١٩٤٤ وانتهت الدعوى صلحا في الاستئناف الأمر الذي يدل على أن
اخوة المستأنف بمجرد وفاة والدهم لم يرتضوا نفاذ هذا العقد المسجل
بالنسبة لهم ، وهذا الذي قرره الحكم المظنون فيه يفيد أن المحكمة رأت في
أوراق الدعوى والأدلة المقدمة فيها ما يكفي لتكوين عقيدتها بعدم حصول
أية قسمة اتفاقية بين جميع الورثة وعدم رضائهم بنفاذ عقد الطاعن وذلك
بغير حاجة لاجراء التحقيق الذي طلبه الطاعن وهذا من حق محكمة
الموضوع ؟

« طعن رقم ١٥١ لسنة ٣٣ ق - جلسة ٢٩٦٧/٤/٢٠ »

٧ - (القسمة الفعلية تتحقق في صورة ما اذا كان تصرف أحد الملاك
المشتاعين في جزء مفرز من المال الشائع يعادل حصته ، ثم ينتج نتيجه
سائر الشركاء ويتصرف كل منهم في جزء مفرز يعادل حصته في المال
الشائع ، فيستخلص من تصرفاتهم هذه ضمنا أنهم ارتضوا قسمة المال
الشائع فيما بينهم على الوجه الذي تصرفوا على مقتضاه ، ويكون نصيب كل
منهم هو الجزء المقرز الذي سبق له أن تصرف فيه ، واذ كان الثابت من الحكم
المظنون فيه أن التصرفات التي تمت بعد صدور القانون رقم ١٨٠ لسنة
١٩٥٢ لم يقم بها الشركاء جميعا في الأعيان التي كانت موقوفة ، وانما
صدرت من بعضهم دون البعض الآخر ، فانه لا يتوافر بها حصول قسمة
فعلية بين هؤلاء الشركاء)

« طعن رقم ٢٩٣ لسنة ٣٦ ق - جلسة ٢٦ يناير ١٩٧١ »

الاجراءات الواجب اتباعها عند اجراء القسمة فى حالة وجود ناقص الأهلية بين الشركاء المشتاعين

٣٠ - المقصود بناقص الأهلية :

نصت المادة ٨٣٥ مدنى على أن للشركاء اذا انعقد اجمعهم ، أن
يقتسموا المال الشائع بالطريقة التى يرونها . فاذا كان بينهم من هو ناقص
الأهلية وجبت مراعاة الاجراءات التى يفرضها القانون ..

والمقصود بناقص الأهلية ، القاصر أو المحجور عليه لبنون أو عنه أو
غفلة أو سفه ، أو الغائب .

وقد اوجبت المادة اتباع الاجراءات التى يفرضها القانون فى حالة
وجود من هو ناقص الأهلية ولم تحدد القانون الذى يجب اتباعه .

والمقصود هو المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بإحكام الولاية
على المال ، فهو الذى ينص على الأحكام المنظمة لرعاية حقوق ناقص الأهلية،
وقد تضمن المرسوم بقانون المذكور فى هذا الشأن نص المادتين ٤٠ ، ٧٩ .
وفد قصد من الاجراءات الواردة بياتين المادتين - كما سنرى -
حماية ناقص الأهلية عند اجراء القسمة ، فقد تكون هذه القسمة ضارة أو
مجحفة به . وقد اعتبر المشرع القسمة - لحظورتها - من أعمال التصرف
وليس من أعمال الادارة المعتادة التى يستقل بها الوصى .

٣١ - النصان القانونيان :

المادتان ٤٠ ، ٧٩ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بإحكام
الولاية على المال .

مادة (٤٠) :

(على الوصى أن يستأذن المحكمة في قسمة مال القاصر بالتراضي اذا كانت له مصلحة في ذلك فاذا أذنت المحكمة عييت الاسس التي تجرى عليها القسمة والاجراءات الواجبة الاتباع . وعلى أن يعرض على المحكمة عقد القسمة للتثبت من عدالتها وللمحكمة في جميع الأحوال أن تقرر اتخاذ اجراءات القسمة القضائية .

وفي حالة القسمة القضائية تصدق المحكمة الابتدائية التي تنبئها محكمة القسمة على قسمة الأموال الى حصص .

ولهذه المحكمة عند الاقتضاء أن تدعو الخصوم لسماع اقوالهم في جلسة تحدد لذلك .

واذا رفضت التصديق تعين عليها ان تقسم الأموال الى حصص على الاسس التي تراها صالحة بعد دعوة الخصوم .

ويقوم مقام التصديق الحكم الذي تصدره المحكمة بوصفها محكمة استئنافية بتكوين المحصر) .

مادة (٧٩) :

(يسرى في شأن قسمة مال الغائب والمحجور عليه ما يسرى في شأن مال القاصر من احكام) .

الاحكام الواردة بالنصين :

٣٣ - اولا : وجوب استئذان الوصى أو من في حكمه المحكمة في قسمة أموال ناقص الأهلية :

أوجب المادة ٤٠ على الوصى أن يستأذن المحكمة في قسمة مال القاصر بالتراضي اذا كانت له مصلحة في ذلك ، فقد يرى الوصى أنه

لا مصلحة للقاصر في القسمة ، أو أنها ضارة به ، فيرفض من تلقاء نفسه إجراء القسمة ، فلا يكون ثمة وجه للجوء الوصي الى المحكمة .
فإذا رأى الوصي أن للقاصر مصلحة في القسمة فإنه يتعين عليه استئذان المحكمة المختصة في قسمة أموال القاصر .

ونشير الى أنه ليس معنى العبارة الواردة في نهاية المادة ٨٣٥ مدني التي توجب مراعاة الاجراءات التي يفرضها القانون ، أنه يكون من المتعين. التجاء الوصي الى القسمة انقضائية اذا رأى قسمة مال القاصر كما تنهيب الى ذلك المذكرة الايضاحية للتقنين المدني (٩) . وانما معناها هو وجوب مراعاة الاجراءات التي يفرضها القانون المنظم لاحكام الولاية على المال ، فاتباع اجراءات القسمة القضائية لا يكون الا حيث تأمر بذلك المحكمة التي يستأذنها الوصي في الاتفاق على القسمة كما سنرى (١٠) .

والمرشح - كما أوضحنا سلفا - اعتبر القسمة من أعمال التصرف نظرا لحطورتها .

وما يسرى على الوصي يسرى على القيم على المحجور عليه لجنون أو عته أو غفلة أو سفه ، وعلى وكيل الغائب ، فقد نصت المادة ٧٩ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ على أن يسرى في شأن قسمة مال الغائب والمحجور عليه ما يسرى في شأن قسمة مال القاصر من احكام .

٣٣ - هل يتعين على الولي الشرعي استئذان المحكمة في قسمة أموال ناقص الأهلية ؟

لا يسرى الالتزام المنصوص عليه في المادتين ٨٣٥ مدني ، ٤٠ من

(٩) فقد جاء بها : « اذا تقرر القسمة ولم يكن في الشركاء من هو ناقص الأهلية ، فليهم أن يتفقوا عليها وتكون القسمة في هذه الحالة عقدا يسرى عليه من الأحكام ما يسرى على سائر العقود » أما اذا لم ينقد الإجماع فيما بينهم ، أو كان فيهم من هو ناقص الأهلية وجب اتباع اجراءات القسمة القضائية - مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٦ ص ١٠٥ .
(١٠) البدرأوى ص ١٣٤ .

المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ مألّفتي الذكر على الولي الشرعي اذا كان هو الأب ، فلا يلتزم باستئذان المحكمة في قسمة أموال ناقص الأهلية ، لأن المادة الرابعة من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ أطلقت يد الأب في التصرف في أموال القاصر عدا بعض القيود التي أوردتها ، ليس من بينها قسمة مال القاصر ، فقد نصت على أن : (يقوم الولي على رعاية أموال القاصر وله ادارتها وولاية التصرف فيها مع مراعاة الأحكام المقررة في هذا القانون) .

أما اذا كان الولي هو الجده فانه يلتزم باستئذان المحكمة شأن الوصي لأن المادة ١٥ من المرسوم بقانون المذكور تنص على أنه : (لا يجوز للجده بغير إذن المحكمة التصرف في مال القاصر ولا الصلح عليه ولا التنازل عن التأمينات أو اضعافها) .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

(النص في المادة ٨٣٥ من القانون المدني على أن : « للشركاء اذا اتفقد اجمعهم ، أن يقسموا المال الشائع بالطريقة التي يرونها ، فاذا كان بينهم من هو ناقص الأهلية وجبت مراعاة الاجراءات التي يفرضها القانون » وفي المادة الرابعة من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بأحكام الولاية على المال على أن : « يقوم الولي على رعاية أموال القاصر وله ادارتها وولاية التصرف فيها مع مراعاة الأحكام المقررة في هذا القانون » وفي المادة ٤٠ منه على أن : « على الوصي أن يستأذن المحكمة في قسمة مال القاصر بالتراضي » يدل مع خلو نصوص هذا القانون من قيد مائل بالنسبة للولي في مجال القسمة ، على أن يجري القسمة بالتراضي عن أولاده القصر دون حاجة لاستئذان محكمة الأحوال الشخصية أو الحصول على موافقتها على مشروع تلك القسمة) .

« طعن رقم ٧٠٢ لسنة ٥١ ق - جلسة ١٩٨٥/١١/٦ »

٣٤ - سلطة المحكمة في الاذن باجراء القسمة :

إذا رأت المحكمة أن لناقص الأهلية مصلحة في القسمة :كان لها أن تأذن للوصى ومن في حكمه باجرائها .

وإذا أذنت المحكمة باجراء القسمة عينت للوصى ومن في حكمه ما تراه لازما لحماية مصالح غير كامل الأهلية من أسس واجراءات .

وبعد أن تتم القسمة يجب على الوصى ومن في حكمه عرض عقد القسمة على المحكمة للتثبت من عدالة القسمة وأنها تمت طبقا للأسس والاجراءات التي قررتها ، فإذا تحقق لها ذلك قررت اعتماد القسمة .

وللمحكمة مع هذا أن ترفض القسمة وأن تكلف الوصى ومن في حكمه باتخاذ اجراءات القسمة القضائية ، فتكليف الوصى ومن في حكمه باتخاذ اجراءات القسمة القضائية هو أمر يخضع لتقدير المحكمة .

وقد جاء ، بالملذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ في هذا الشأن ما يأتي :

(ولما كانت القسمة تصرفا له خطره فقد أوجبت المادة ٤٠ على الوصى أن يستأذن المحكمة في قسمة مال القاصر بالتراضي إذا كانت له مصلحة في اجرائها على هذا النحو ولم يكن هناك يد من احاطة هذه القسمة بضمانات لحماية مصلحة القاصر . ولذلك نصت المادة نفسها على أنه يتعين على المحكمة إذا اذنت أن تبين الأسس التي تجرى عليها القسمة والاجراءات الواجبة الاتباع كما أوجبت على الوصى أن يعرض على المحكمة عقد القسمة للتثبت من عدالتها وتركها أخيرا للمحكمة حرية تقدير وجوب الالتجاء الى اجراءات القسمة القضائية في جميع الأحوال) .

٣٥ - جزء علم استئذان الوصى ومن في حكمه المحكمة في اجراء القسمة الاتفاقية :

إذا تمت القسمة بغير مراعاة القواعد السابقة والمنصوص عليها في

الماد ٤٠ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ سواء بعدم حصول الوصى أو القيم أو وكيل الغائب بدامة على إذن المحكمة بالقسمة ، أو لم يتم بعرض نتيجة القسمة عليها لتأمر باعتمادها ، فقد ذهبت محكمة النقض وإيدها بعض الشراح (١) الى أن القسمة تكون قابلة للإبطال لمصلحة ناقص الأهلية .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- (إجراء القسمة بالتراضى جائز ولو كان بين الشركاء من هو ناقص الأهلية ، على أن يحصل الوصى أو القيم على إذن من الجهة القضائية المختصة بإجراء القسمة على هذا الوجه وعلى أن تصدق هذه الجهة على عقد القسمة بعد تمامه حتى يصبح نافذاً في حق ناقص الأهلية . وإذا كان البطلان المترتب على عدم مراعاة هذه الإجراءات قد شرع لمصلحة القاصر ومن في حكمه حتى لا يتعاقده الوصى أو القيم على تصرف ليس له في الأصل أن يستقل به ، فإن هذا البطلان يكون نسبياً لا يحتاج به الا ناقص الأهلية الذى يكون له عند بلوغه سن الرشد ان كان قاصراً أو عند رفع الحجر عنه ان كان محجوراً عليه التنازل عن التمسك بهذا البطلان وإجازة القسمة الحاصلة بغير اتباع هذه الإجراءات) .

« طعن رقم ١٩٠ لسنة ٢٩ ق - جلسة ١٩٦٤/١/٢٣ »

٢ - (البطلان المترتب على علم اتباع الإجراءات الواجب اتباعها بالنسبة للشركاء القصر فى عقد القسمة هو بطلان نسبى لا يحق لغير من شرع لمصلحته من الشركاء التمسك به) .

« طعن رقم ٣٧٤ لسنة ٣٥ ق - جلسة ١٩٦٩/١١/٦ »

٣ - (استصدار إذن محكمة الأحوال الشخصية للنائب عن ناقص

(١) السنهورى ص ١١٨٩ وما بعدها - عبد المنعم الصدة ص ٢٢٣ .

الأهلية ليس بشرط للتعاقد أو التصرف وإنما قصد به - على ما جرى به قضاء هذه المحكمة - إلى رعاية حقوق ناقص الأهلية والمحافظة على أموالهم بالنسبة لتصرفات معينة ولهم وحدهم بعد بلوغهم سن الرشد الحق في إبطال هذه التصرفات) .

« طعن رقم ٣٧٠ لسنة ٥٠ ق - جلسة ١٩٨٤/٣/٢٥ (١٢) »

(١٢) وفي رأينا أن عقد القسمة - في الحابة محل البحث - لا يكون قابلاً للإبطال لمصلحة ناقص الأهلية ، وإنما هو صحيح غير نافذ في حقه لأن البطلان لا يكون إلا في العلاقة بين طرفي العقد والناصب الذي يتجاوز حدود نيابته يكون في حكم الغير ، كما أن العقد في حالتنا هذه لا ينتج أثره من وقت حدوثه على خلاف البطلان النسبي إذ ينتج العقد جميع آثاره من وقت حصوله على أن تزول هذه الآثار إذا تقرر بطلانه .

وقد اختلف بهذا الرأي المذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ إذ جاء بها : (وبديهي أن عدم الحصول على إذن المحكمة في جميع الحالات التي يشترط فيها القانون ذلك يجعل تصرف الولي أو عقده بوجه عام غير نافذ في حق الصغير لانقضاء الولاية) .
وقد أخذت محكمة النقض أيضاً بهذا الرأي في بعض أحكامها إذ قضت بأن :

١ - (نيابة الولي عن القاصر هي نيابة قانونية ، ويتمتع عليه حتى ينصرف أثر العمل الذي يقوم به إلى القاصر أن يكون هذا العمل في حدود نيابته أما إذا جاوز الولي هذه الحدود فإنه يفقد صفة النيابة ولا ينتج العمل الذي قام به أثره بالنسبة إلى القاصر ولا يجوز الرجوع على هذا الأخير إلا بقدر المنفعة التي عادت عليه بسببها) .

« طعن رقم ٥٠٨ لسنة ٤٢ ق - جلسة ١٩٧٧/١/٣١ »

٢ - (نيابة الوصي عن القاصر هي نيابة قانونية ينبغي أن يباشرها - وفقاً لما تقتضيه المادة ١١٨ من القانون المدني - في الحدود التي رسمها القانون . ولما كان النص في المادة ٣٩ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بشأن الولاية على المال قد حظر على الوصي مباشرة تصرفات معينة إلا باذن المحكمة ، من بينها جميع التصرفات التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو التبعية أو نقله أو تغييره أو زواله ، وكذلك جميع التصرفات المقررة لحق من هذه الحقوق ، فإنه ينبغي على ذلك أن الوصي إذا باشر تصرفاً من هذه التصرفات دون إذن المحكمة يكون متجاوزاً حدود نيابته ويفقد بالتالي في إبرامه لهذا التصرف صفة النيابة فلا تنصرف آثاره إلى القاصر) . =

كما قضت المحكمة بشأن عقد المقايضة بأنه :

(اذا كان المحكم المطعون فيه قد اعتبر عقد المقايضة التي عقده الوصية بذون اذن المحكمة الحسبية هو عقد باطل بطلانا نسبيا يصح بأجازة القاصر بعد بلوغه سن الرشد وجعل الاجازة تستند الى التاريخ الذي تم فيه المقعد فانه يكون قد طبق القانون على وجهه الصحيح) .

« طعن رقم ١٠٧ لسنة ٣٠ ق - جلسة ١٩٦٥/١/٢١ »

واذا لم يرم القاصر نفسه عقد القسمة ، فان عقد القسمة يكون قابلا للإبطال لمصلحته لأن القسمة من التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر ، والتي يلزمها أهلية التصرف .
وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

١ - (عقد القسمة من العقود التبادلية التي تتبادل فيها الحقوق ، ومن التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر ومن ثم فاذا كان أحد أطرافها قاصرا فان عقد القسمة يكون قابلا للإبطال لمصلحته ويزول حق التمسك بالإبطال بأجازته التصرف بعد بلوغه سن الرشد) .

« طعن رقم ٤٤٩ لسنة ٣٦ ق - جلسة ١٩٦٢/٥/٣ »

٢ - تبوت القصر عند التعاقد كانت لقبول دعوى الإبطال ولو تجرد التصرف الدائر بين النفع والضرر من أي غبن مهما كان مقدار إفادة القاصر منه ولو لم يعلن القاصر قصره للمتعاقد الآخر أو أخفى حالته عنه أو ادعى كذبا بلوغه سن الرشد ، وسواء كان هذا المتعاقد يعلم حالة القصر

= « طعن رقم ٨٧٢ لسنة ٥١ ق - جلسة ١٩٨٢/٥/١٣ »

وقد رأينا أن تعرض للأحكام التفصيلية لجزء عدم استئذان الوصي ومن في حكمه المحكمة في اجراء القسمة الاتفاقية ، على أساس الأحكام الصريحة الصادرة من محكمة النقض في القسمة الاتفاقية والتي اعتبرت هذه القسمة باطلة بطلانا نسبيا .

أو يجلبها) .

« طعن رقم ٤٢٩ لسنة ٤٩ ق - جلسة ١٢/٣/١٩٨٠ »

ولا يملك القاصر اجازة القسمة التى اجراها الوصى دون اذن المحكمة المختصة لأن هذه الاجازة تنطوى على إسقاط حق لا يملكها ناقص الأهلية .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

(اجازة العقد الباطل باعتبارها تصرفا قانونيا يتضمن إسقاطا لحق

لا يملكها ناقص الأهلية) .

« طعن رقم ٤٢٩ لسنة ٤٩ ق - جلسة ١٢/٣/١٩٨٠ »

٣٣٦ - بطلان القسمة نسبي مقرر لمصلحة ناقص الأهلية :

البطلان الذى يلحق القسمة التى لا تتبع فيها الاجراءات المنصوص عليها بالمادتين ٨٣٥ مدنى ، ٤٠ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ ، بطلان نسبي شرع لمصلحة ناقص الأهلية حتى لا يتعاقد الوصى ومن فى حكمه على تصرف ليس له فى الأصل أن يستقل به .

ومن ثم لا يحتج بهذا البطلان الا ناقص الأهلية ، عملا بالمادة ١٣٨ مدنى التى تقضى بأنه : (اذا جمل القانون لأحد المتعاقدين حقا فى ابطال العقد ، فليس للمتعاقد الآخر أن يتمسك بهذا الحق) .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

١ - (واذا كان البطلان المترتب على عدم مراعاة هذه الاجراءات قد شرع لمصلحة القاصر ومن فى حكمه حتى لا يتعاقد الوصى أو القيم على تصرف ليس له فى الأصل أن يستقل به ، فان هذا البطلان يكون نسبيا لا يحتج به الا ناقص الأهلية الذى يكون له عند بلوغه سن الرشده ان كان قاصرا أو عند رفع الحجر عنه ان كان محجورا عليه التنازل عن التمسك بهذا البطلان واجازة القسمة الحاصلة بغير اتباع هذه الاجراءات) .

« طعن رقم ١٩٠ لسنة ٢٩ ق - جلسة ٢٣/١/١٩٦٤ »

٢ - (البطلان المترتب على عدم اتباع الاجراءات الواجب اتباعها بالنسبة للشركاء القاصر في عقد القسمة هو بطلان نسبي لا يحق لغير من شرع لمصلحته من الشركاء التمسك به) .

« طعن رقم ٢٧٤ لسنة ٣٥ ق - جلسة ١٩٦٩/١١/٦ »

٣ - (المقد القابل للإبطال بسبب نقص الأهلية أو لميب شاب الإرادة له وجود قانوني الى أن يتقرر بطلانه ، ولا يستطيع أن يطلب إبطاله سوى من تقرر البطلان لمصلحته - ناقص الأهلية أو من شاب إرادته عيب - لما كان ذلك ... الخ) .

« طعن رقم ٧٩٠ لسنة ٥٠ ق - جلسة ١٩٨١/٢/٢١ »

وبالترتيب على ذلك لا يجوز لغير القاصر من الشركاء المشتاعين الذين وافقوا على القسمة ، التمسك بإبطال عقد القسمة لعدم اتخاذ الاجراءات سالفة الذكر .

ولا يستطيع دائن القاصر أو خلفه الخاص أن يطلب إبطال العقد بمقتضى حق مباشر لهما ، ولكن يستطيعان ذلك باعتبارهما دائنين له يستعملان حقه في ابطال القسمة عن طريق الدعوى غير المباشرة (١٢م) . ولكن اذا توفى القاصر انتقل حقه في ابطال العقد الى ورثته .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

(متى كانت التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر مثل التصرف بالبيع - قابلة للإبطال لمصلحة القاصر - كما هو حكم المادة ١١١ من القانون المدني فان للقاصر في حال حياته أن يباشر طلب الإبطال بواسطة من يمثله قانونا ، كما أن هذا الحق ينتقل بعد وفاته لوارثه بوصفه خلفا عاما له يحل

محل سلفه في كل ماله وما عليه فتؤول اليه جميع الحقوق التي كانت
لسلفه . واذا كان موضوع طلب الابطال تصرفا ماليا فانه بهذا الوصف
لا يكون حقا شخصيا محضا متملقا بشخص القاصر بحيث ينتج على الخلف
مباشرة) .

« طعن رقم ٤٢ لسنة ٢٤ ق - جلسة ١٩٥٨/٢/٢٧ »

٣٩ - تقرير البطلان باتفاق أو حكم :

المقد القابل للابطال له وجود قانوني وينتج جميع آثاره القانونية(٢٣)،
لا يبطل الا اذا تقرر البطلان بالتراضي أو التقاضي وذلك بعكس المقعد
الباطل ، فالمقد الأخير لا ينمقد أصلا ولا تكون هناك حاجة الى إيقاع بطلانه
فالبطلان حاصل من تلقاء نفسه ، غير انه اذا نوزع في البطلان كان لا مناص
من رفع الأمر الى القضاء لتقرير هذا البطلان(٢٤) .

والتراضي يكون بين المتقاسمين ، بعد أن يزول سبب نقص الأهلية ،
كبلوغ القاصر سن الرشد القانوني وهو ٢١ سنة ميلادية كاملة ، أو رفع
الحجر عن المجنون أو المعتوه أو السفهية ... الخ) .

واذا لم يتم التراضي عن ابطال المقد - وهذه هي الحالة الغالبة في
العمل - فيكون ابطال المقد عن طريق رفع دعوى الابطال من ناقص الأهلية
بعد زوال نقض أهليته ، وصدور حكم بذلك .

والقاعدة انه اذا طلب الابطال من القاضي ممن تقرر لمصلحته ، وتوافر
له سببه ، وجب على القاضي أن يقضى به ، وذلك ما لم ينص القانون على
خلافه .

(٢٣) الدكتور محمود جمال الدين زكي مشكلات المسؤولية المدنية

ج ١ ، ١٩٧٨ ص ١٧٧ .

(٢٤) الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي نظرية المقد والارادة المنفردة

١٩٨٤ ص ٤٦٨ وما بعدها ، ص ٤٨٠ .

فليس للقاضي كإصل عام سلطة تقديرية في اجابة طلب الإبطال ، ولا يستثنى من هذا الأصل الا الحالات التي يقضى فيها القانون بخلافه ، والتي ليس منها الحالة محل البحث .

وكما يجوز ابطال العقد عن طريق الدعوى ، يجوز التمسك به عن طريق الدفع في دعوى مرفوعة ضد القاصر .

٣٨ - سقوط دعوى الإبطال بالتقادم :

تنص المادة ١٤٠ مدني على أنه :

(يسقط الحق في ابطال العقد اذا لم يتمسك به صاحبه خلال ثلاث سنوات .

ويبدأ سريان هذه المدة في حالة نقص الأهلية من اليوم الذي يزول فيه هذا السبب ، وفي حالة الغلط أو التدليس من اليوم الذي ينكشف فيه . وفي حالة الاكراه من يوم انقطاعه . وفي كل حالة لا يجوز التمسك بحق الإبطال لغلط أو تدليس أو اكراه اذا انقضت خمس عشرة سنة من وقت تمام العقد) .

فالدعوى بإبطال عقد القسمة التي ترفع من ناقص الأهلية يسقط الحق فيها بانقضاء ثلاث سنوات ، من تاريخ استكمال نقص الأهلية اذا كانت الدعوى مرفوعة من القاصر ، أو من تاريخ زوال سبب المحجر ، اذا كان الدعوى مرفوعة من المحجور عليه .

٣٩ - آثار تقرير ابطال عقد القسمة :

تنص المادة ١٤٢ مدني على أنه :

(في حالتي ابطال العقد وبطلانه يعاد التعاقدان الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد ، فاذا كان هذا مستحيلا جاز الحكم بتعويض معادل . ومع ذلك لا يلزم ناقص الأهلية ، اذا ابطال العقد لنقص أهليته ، أن يرد غير ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد) .

ولبيان أثر تقرير ابطال عقد القسمة ، تجب التفرقة بين آثار الإبطال فيما بين المتعاقدين ، وآثار الإبطال بالنسبة للغير ، وهو ما نعرض له فيما يلي :

٤ - (١) آثار تقرير ابطال عقد القسمة فيما بين المتعاقدين :

إذا تقرر ابطال عقد القسمة رضاء أو قضاء ، اعتبر العقد كأن لم يكن ، وزال الوجود القانوني للمقد منذ ابرامه (١٥) ، فيعود المتقاسمون الى حالة الشبوع التي كانوا عليها قبل القسمة -

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

١ - (بطلان العقد - اثره - إعادة المتعاقدين الى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد إلا ان يكون ذلك مستحيلا - مؤداه - محو البطلان لكل أثر للمقد كان نتيجة اتفاق صريح أو ضمنى بين عاقيه) .

« طعن رقم ١٤٨٢ لسنة ٥٠ ق - جلسة ١٩٨٧/٦/٢٨ »

٢ - الأثر الرجعي لبطلان البيع أو ابطاله أو فسخه - مؤداه - إعادة المتعاقدين الى الحالة التي كانوا عليها قبل المقد ومنها رد المبيع الى البائع - شرطه - ألا تكون ملكية المبيع قد آلت الى المشتري بسبب آخر من أسباب كسب الملكية) .

« طعن رقم ٢٢٩٢ لسنة ٥١ ق - جلسة ١٩٨٨/٣/٢٢ »

ومؤدى ذلك أن كل متقاسم يلتزم قبل الآخر بأن يرد له كل ما أخذه منه أو أن يؤدي له ما يعوضه عنه إذا استحال الرد عليه .

فاذا كانت القسمة بمعدل استرد المعدل من دفعه من الشركاء المتقاسمين مع فوائده القانونية من تاريخ انطالية التضائية .

ولما كان حق الشركاء في ثمار المال الشائع يكون بقدر حصة كل منهم ، فانه تحسب ثمار المال الشائع كلها من تاريخ القسمة ويعاد تقسيمها على الشركاء كل بقدر نصيبه ، وفي هذه الحالة يلتزم من تقاضى من الشركاء تمارا تزيد على حصته بأن يردّها الى الشركاء الآخرين .

ولا صعوبة في تحديد الأساس الذى يقوم عليه الالتزام بالرد ، اذا كان الشيء الذى تسلمه المتقاسم بمقتضى عقد القسمة الذى أبطل باقيا بذاته لم يهلك أو ي تلف اذ أن ذلك الأساس يتمثل في تسلم غير المستحق أو دفع غير المستحق ، فنتيجة الأثر الرجعى لإبطال العقد يعتبر كل متعاقد أنه أخذ ما أعطاه اياه المتعاقد الآخر ، من غير أن يكون له حق فيه ، ومن ثم يلتزم برده اليه وهذا هو عين ما قضت به المادة ١٨٢ مدنى بقولها : (يصح استرداد غير المستحق اذا كان الوفاء قد تم تنفيذنا للالتزام لم يتحقق سببه أو للالتزام زال سببه بمه أن تحقق(١٦)) .

أما اذا أصبح إعادة الحال الى ما كانت عليه وقت القسمة مستحيلا ،

(١٦) عبد الفتاح عبد الباقي ص ٤٩١ - السنهورى ج ١ ص ٥٨٨ وما بعدها - جمال زكى ص ١٧٨ - وينهب الدكتور السنهورى هامش (٤) من الصحيفة السابقة ، الى أن الشيء محل التعاقد اذا كان قد حلك بقوة قاهرة فان المتعاقد اذا كان حسن النية ، أى يعتقد أنه تسلم ما هو مستحق له ، فلا يكون مسئولاً الا بقدر ما عاد عليه من منفعة ترتبت على هلاك العين وللمتعاقدين في جميع الأحوال استرداد الشيء التالف في الصورة التي آل اليها بعد التلف دون أن يتقاضى تعويضا عن التلف . أما اذا كان المتعاقد سيئ النية أى يعلم أنه تسلم شيئا غير مستحق له التزم برد قيمته وقت الهلاك ولا يعفيه من هذه المسئولية الا أن يثبت أن المبيع كان يهلك ولو كان في يد باقى المتعاقدين وذلك عملا بالمادة ١٨٥ مدنى - وقارن عبد الفتاح عبد الباقي ص ٤٩٢ فرى أن يرد الالتزام بأداء التعويض الدال الى تسلم غير المستحق أو دفع ما لا يجب ، شأنه في ذلك شأن الالتزام برد الشيء ذاته . اذ أن من يتسلم ما ليس له حق فيه يتحمل بالضرورة تبعة هلاكه أو تلفه ، اذا كان ذلك راجعا الى سبب يعزى له .

واذا كان الالتزام بالرد نتيجة بطلان العقد يرجع في أساسه الى تسلم غير المستحق ، لزم اعمال قواعد هذا النظام بالنسبة الى الفوائد والثمار (م ١٨٥) ، وبالنسبة الى تبعة الهلاك ، مع مراعاة حسن النية وسرئها .

كان تكون القسمة قد تمت بطريق التصفية وبيع المال الشائع بالزاد أو الممارسة ، أو كان المال محل القسمة منقولا وهلك في يد الشريك الذي اختص به بمقتضى القسمة بخطأ منه حكم القاضى بتمويض مبادل ، فيلزم برد قيمته وقت الهلاك طبقا لقواعد المسؤولية التقصيرية لا على أساس العقد الذى تقرر ابطاله باعتبار أن العقد الذى تقرر ابطاله واقعة مادية .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

(أساس الحكم بالتمويض المبادل - فى حالة ابطال العقد أو ابطاله مع استحالة إعادة المتعاقدين الى الحالة التى كانوا عليها قبله - إنما هو المسؤولية التقصيرية) .

« طعن رقم ١٣٨ لسنة ٣٤ ق - جلسة ١٩٦٩/٦/٤ »

٤ - التزام ناقص الأهلية برد ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ عقد القسمة :

إذا أبطل عقد القسمة بسبب نقص الأهلية ، إما لأن الوصى أو من غي حكمه أبرمه دون استئذان المحكمة المختصة أو لأن القاصر نفسه هو الذى أبرمه ، فإنه يجب اعمال نص المادة ٢/١٤٢ مدنى التى تجرى على أنه : (ومع ذلك لا يلزم ناقص الأهلية ، إذا أبطل العقد لنقص أهليته ، أن يرد غير ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد) ، وهو تطبيق لمبدأ عام ورد النص عليه فى المادة ١٨٦ مدنى فى دعوى غير المستحق التى تقضى بأن : (إذا لم تتوافر أهلية التعاقد فيمن تسلم غير المستحق فلا يكون ملتزما الا بالتقدر الذى اثرى به) .

فلا يلزم ناقص الأهلية بالرد الا على قدر النفع الحقيقى الذى عاد عليه ، فلا يلزم برد ما أضاعه أو أنفقه فى غير مصلحته ، فناقص الأهلية يعامل برعاية أكبر من الرعاية التى يعامل بها كامل الأهلية نظرا لنقص أهليته ،

ويعتبر هذا رجوع عن خاصية دفع غير المستحق التي تعتبر قيمة الاثراء بمقتضاها هي عين قيمة الافتقار ، ويعتبر المدنوع له قد اثرى بذات القيمة التي افتقر بها الدافع .

وقد جاء بمذكرة الشروع التمهيدى للتقنين المدني انه :

(. . . ولكن اذا كان من تسلم الشيء غير كامل الاهلية فلا يكون التزامه بالتزام كامل الاهلية من حيث المدى بمنزلة سواء . فيجوز أن يلزم كامل الاهلية بما يربو على قيمة ما اثرى به ، وبوجه خاص في حالة ضياع الشيء (المادة ٢٥٦) وحالة التصرف فيه بسوء نية (المادة ٢٥٨) . أما ناقص الاهلية فلا يلتزم على النقيض من ذلك الا بقيمة ما اثرى به ، ولو كان سيء النية ، ولا يلزم بشيء ما اذا فقد ما تسلمه بحادث فجائي . وهو لا يؤدي كذلك الا ما قبض من عوض ، اذا تصرف فيما تسلم بسوء نية دون أن يلزم برده الشيء عيناً أو بأداء قيمته على نحو ما يلزم بذلك كامل الاهلية .

وتستثنى من حكم القاعدة المتقدمة ، حالة تسلم ناقص الاهلية لشيء معين بالذات فهو يلزم برده عيناً ما دام قائماً ولو أنه لم يثر منه ، باعتبار أنه لم يدخل في ذمته . وهذا هو ما قصده من التحفظ الخاص بالمادة ٢٥١) (١٧) .

وإذا كان ظاهر نص المادة ٢/١٤٢ يجهل الاسترداد في حدود المنفعة مقصوراً على حالة نقص الاهلية وهو القاصر ثم السفیه وذو الفعلة بعد تسجيل قرار الحجر عليهما ، الا أن هذا الحكم يسرى أيضاً على عديمي الاهلية ، وهم الصبي غير المميز ثم المجنون والمعتوه بعد تسجيل قرار الحجر . ذلك أن الحكم السابق - كما أوضحنا - لا يبدو أن يكون مجرد تطبيق لقاعدة أعم وأشمل أوردتها المادة ١٨٦ مدني (١٨) .

(١٧) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٤٦١ وما بعدها .

(١٨) عبد الفتاح عبد الباقي ص ٤٩٣ .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١ - نيابة الولي عن القاصر نيابة قانونية ، ويتعين عليه حتى ينصرف أثر العمل الذي يقوم به الى القاصر أن يكون هذا العمل في حدود نيابته أما إذا جاوز الولي هذه الحدود فإنه يفقد صفته النيابة ولا ينتج العمل الذي قام به أثره بالنسبة الى القاصر ولا يجوز الرجوع على هذا الأخير الا بقدر المنفعة التي عادت عليه بسببها) .

« طعن رقم ٥٠٨ لسنة ٤٢ ق - جلسة ١٩٧٧/١/٣٩ »

٢ - (تنص الفقرة الثانية من المادة ١٤٢ من القانون المدني على أن ناقص الأهلية لا يلزم - إذا أبطل العقد لنقص أهليته - أن يرد غير ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد ، مما يعني أن الرد في هذه الحالة لا يكون واجبا الا وفقا لقواعد الاثراء بلا سبب وهو ما نصت عليه المادة ١٨٦ من ذات القانون بقولها أنه اذا لم تتوافر أهلية التعاقد فيمن تسلم غير المستحق فلا يكون ملتزما الا بالقدر الذي أثرى به ، بما يفصح عن أن المشرع قرر قصر التزام المترى ناقص الأهلية بالرد على قدر النفع الحقيقي الذي عاد عليه فلا يلزم يرد ما أضاعه أو أنفقه في غير مصلحته) .

« طعن رقم ٤٥٠ لسنة ٤٦ ق - جلسة ١٩٧٩/٣/١٥ »

ويتبنى على ما تقدم ما يأتي :

١ - اذا كان المال الشائع محل القسمة منقولا ، وتسلم القاصر نصيبه عينا معينة بالذات ، فهلك العن أو تلفت أو ضاعت بغير خطئه ، لا يكون ناقص الأهلية ملزما قبل الشركاء في المال الشائع .

أما اذا كان الهلاك أو التلف أو الضياع قد وقع بخطئه ، فإنه يلتزم بالتعويض لأن ناقص الأهلية يلتزم باخطأ (١٩) .

(١٩) حسين عامر وعبد الرحيم عامر المسئولية المدنية التفسيرية والمقيدة الطبعة الثانية ١٩٧٩ ص ١٥ .

٢ - اذا تبرع ناقص الأهلية بالعين التي تسلمها دون حق ، لا يرجع الشركاء بقى ، لأن ناقص الأهلية لم ينتفع بالعين ، ولو كان سيء النية وقت أن تبرع .

٣ - يعتبر ناقص الأهلية قد أفاد من الحصة التي تسلمها اذا كان قد أوفى بها ديناً عليه أو اشترى بها شيئاً نافعاً ولو قلت قيمة هذا الشيء بعد ذلك أو انهدمت بسبب طبعي أو رمم به عقاراً حتى لو هلك العقار بعد ذلك بقوة قاهرة ، أو بقى المال الذي أخذه في يده الى وقت الرد (٢٠) .

٤ - يعتبر نافعاً للقاصر ما ينفقه في سبيل تعليمه أو مأكله وملبسه في الحدود المعقولة التي تتناسب ودخله .

٥ - لا يعتبر نافعاً للقاصر ما ينفقه في ملاذنه ومجونه أو في المقامرة أو في شراء أشياء ضارة أو غير مفيدة .

٤٢ - عبء اثبات انقاص الأهلية :

يقع عبء اثراء ناقص الأهلية ومدى هذا الاثراء أو حصوله على منعة ومدى هذه المنفعة على باقى الشركاء المشتاعين ، ويجوز لهم اثبات ذلك بكافة طرق الاثبات القانونية بما فيها البينة والقرائن . ولكن لا يجوز الاستدلال على حصول الاثراء أو المنفعة لناقص الأهلية بالمستندات المضادة منه لأنها هي أيضاً باطلة (٢١) .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

(عبء الاثبات في بيان أن ناقص الأهلية قد أثرى وفى تقدير مدى اثرائه يقع على الدافع الذى يطلب رد مدفع ، فان عجز عن الاثبات كان ذلك

(٢٠) السنهورى ج ١ ص ١٣٧٨ هامش (١) .

(٢١) السنهورى ج ١ ص ١٣٧٨ هامش (١) .

موجبا في ذاته لرفض طلبه) .

د طعن رقم ٤٥٠ لسنة ٤٦ ق - جلسة ١٩٧٩/٣/١٥ هـ

٤٣ - (ب) آثار تقرير ابطال عقد القسمة بالنسبة للغير :

لا يقتصر اثر ابطال عقد القسمة على الشركاء في المال الشائع المتقاسمين ، بل يمتد الى الغير ، وهو من رتب له أحد المتقاسمين حقا عينيا على الحصصة التي آلت اليه بموجب العقد الذي ابطال ، فاذا كان القاصر قد رتب للغير حق ارتفاق على الحصصة التي وقعت في نصيبه ثم تقرر ابطال العقد ، حق للشركاء المشتاعين استرداد هذه الحصصة خالية من حق الارتفاق .

الا انه يحذر من هذه القاعدة الاستثناء الوارد بالمادة ١٠٣٤ مدني بالنسبة للرهن الرسمي والتي تقضى بأن : (يبقى قائما لمصلحة الدائن المرتهن الرهن الصادر من المالك الذي تقرر ابطال سند ملكيته أو فسخه أو الغائه أو زواله لأى سبب آخر ، اذا كان هذا الدائن حسن النية في الوقت الذي أبرم فيه الرهن) .

وكذلك حكم المادتين ١٥ ، ١٧ من قانون الشهر العقاري رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ (المعدل) الذي يستلزم للاحتجاج على الغير بالحكم الصادر بالبطلان أن يتم تسجيل الحكم أو صحيفة دعوى البطلان قبل تسجيل سند هذا الغير(٢٢) .

(٢٢) فقد نصت المادة ١٥ على أنه : (يجب التأشير في هامش سجل المحررات واجبة الشهر بما يقدم ضدها من الدعاوى التي يكون الغرض منها الطعن في التصرف الذي يتضمنه المحرر وجودا أو صحة أو نفاذا كدعاوى البطلان أو الفسخ أو الإلغاء أو الرجوع ، فاذا كان المحرر الاصل لم يشهر تسجيل تلك الدعاوى .

ويجب كذلك تسجيل دعاوى استحقاق أى حق من الحقوق العينية العقارية أو التأشير بها على حسب الأحوال كما يجب تسجيل دعاوى صحة التعاقد على حقوق عينية عقارية .

وتحصل التأشيرات والتسجيلات المشار اليها بعد اعلان صحيفة =

كما يحد منها أن الغير قد يستفيد من قواعد حيازة العقار بالتقادم
إذا لا يقطعه في حقه سوى مطالبته برد العقار ، وكذلك مبدأ حماية حائز
المنفقول حسن النية (٢٢) .

٤٤ - زوال حق إبطال عقد القسمة بإجازه ناقص الأهلية للعقد :

تنص المادة ١٣٩ مدني على أن : (يزول حق إبطال العقد بالإجازه
الصريحة أو الضمنية وتستند الاجازة الى التاريخ الذي تم فيه العقد دون
إخلال بحقوق الغير) .

فيكون لناقص الأهلية عند زوال سبب نقص الأهلية ، كبلوغ القاصر
سن الرشد القانوني وهو ٢١ سنة ميلادية كاملة ، أو رفع الحجر عن المجنون
أو المعتوه أو ذى الففلة أو السفه ، أن يجيز القسمة التي تمت به استئذان
المحكمة .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

(الاجازة تصرف قانوني يتضمن اسقاطا لحق فلا يملكها من كان ناقص
الأهلية . واذن فتعي كان الحكم اذ اعتبر اجازة القاصر لتببيع اصدار منه
منعديه الاثر قانونا قد اقام قضاءه على أن هذه الاجازة انما صدرت من القاصر
يعد برار المجلس الحسبي باستمرار اوصايه عليه ، فان انتهى على الحكم

= الدعوى وفيها يجدول المحكمة) .

وتنص المادة ١٧ على انه : (يترتب على تسجيل الدعاوى المذكورة
بالمادة ١٥ أو التأشير بها ان حق المدعي اذا ما تقرر بحكم مؤشر به طبنا
للقانون يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ تسجيل
الدعاوى أو التأشير بها ولا يكون هذا الحق حجة على الغير الذي نسب حقه
بحسن نية قبل التأشير أو التسجيل المنصوص عليهما في الفقرة السابقة .
ولا يسرى حكم الفقرة الأولى من هذه المادة على الأحكام التي يتم
التأشير بها بعد مضي خمس سنوات من تاريخ صيرورتها نهائية أو من تاريخ
العمل بهذا القانون أيهما أطول) .

(٢٢) محمد كمال عبد العزيز التقنين المدني في ضوء القضاء والفتا

الخطأ في تطبيق القانون يكون غير صحيح) .

« طعن رقم ١٩٧ لسنة ١٨ ق - جلسة ١٩٥٥/٢/١ »

ويشترط في الإجازة التي تصحح العقد الباطل أن تصدر من ناقص الأهلية - بعد زوال سبب نقص الأهلية - وهو عالم بالعيب الذي يشوب العقد وأن يكون قاصدا إجازته .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

١ - (الإقرار الصادر أمام المجلس الحسبي من أحد الورثة بإجازة عقد مطعون فيه لصدوره في مرض الموت ، وإن لم يكن قضائيا لعدم صدوره أمام جهة مختصة بالفصل في صحة العقد المطعون فيه إلا أنه يصح اعتباره إجازة لهذا العقد إذا كان المجيز انتوى تصحيح العقد وهو يعلم بما يشوبه) .

« طعن رقم ٧ لسنة ٧ ق - جلسة ١٩٣٧/٥/٢٠ »

٢ - (الإجازة التي تصحح العقد القابل للإبطال هي التي تصدر ممن يملكها وهو عالم بالعيب الذي يشوب العقد وأن يكون قاصدا إجازته .
وإذن فمتى كان النابت من الأوراق أن الطاعن لم يدع صدور إجازة مستكملة لهذه الشروط القانونية بل اكتفى بالقول بأن مجرد توقيع المطعون عليها الأولى على محضر الجرد يفيد إجازتها للعقد الصادر من مورثها بصفتها الشخصية وبصفتها وصية على ابنتها الناصر ، وكان تمسك الطاعن بالإجازة استنادا إلى هذه الواقعة غير منتج ، ذلك أن المطعون عليها ما كانت تملك إجازة العقد بصفتها وصية دون إذن من المجلس الحسبي كما أن مجرد توقيعها على محضر الجرد لا يفيد أنها كانت تعلم بأن العقد الصادر من مورثها صدر منه وهو قاصر وأنها أرادت من التوقيع إسقاط حقها من الطعن على العقد ، فإن الحكم المطعون فيه إذا لم يتعرض لبحث هذا الدفاع لا يكون باطلا) .

« طعن رقم ٣٦ لسنة ٢١ ق - جلسة ١٩٥٣/١١/٢٦ »

والاجازة عمل قانوني صادر من جانب واحد ، فلا حاجة لإقتران قبول بها ، ولا يجوز الرجوع فيها بحجة أن القبول لم يصدر .

والاجازة تكون صريحة كما تكون ضمنية ، والاجازة الصريحة هي تلك التي تتضمن التصريح بالنزول عن حق طلب الإبطال . انما لا يشترط في هذه الاجازة أن تشتمل على بيانات معينة ، بل كل عبارة يفهم منها الاجازة تصح بشرط أن تكون نية المميز في الاجازة واضحة .

أما الاجازة الضمنية ، فهي تلك التي يستدل عليها من ظروف الحال بشرط أن يكون هذا الاستدلال قاطعا في افادته النزول عن حق التمسك بالإبطال ، اذ أن النزول عن الحق لا يفترض ، ولا يتوسّع في تفسير ما يؤدي اليه .

ومن أمثلة الاجازة الضمنية قيام ناقص الأهلية بمد زوال نقص أهليته بالأفعال الآتية :

١ - تنفيذ عقد القسمة أو مطالبة باقي المتقاسمين بتنفيذه من جانبهم .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

(بطلان بيع ملك الغير مقرر لمصلحة المشتري ومن ثم فيكون له دون غيره أن يطلب إبطال العقد . وما لم يثبت أن البائع غير مالك ويطلب البطلان صاحب الحق فيه ، فإن عقد البيع يبقى قائما منتجا لآثاره بحيث يكون للمشتري أن يطلب البائع بتنفيذ التزاماته ويمد هذا منه اجازة للعقد) .

« طعن رقم ٢٤٣ لسنة ٢٨ ق - جلسة ١٩٦٣/٣/١٤ »

٢ - تنفيذ عقد القسمة (٢٤) .

(٢٤) استئناف مختلط في ١٦ ديسمبر سنة ١٨٩٦ - ٢ نوفمبر سنة ١٩١٦ .

- ٣ - البناء على الحصة التي آلت اليه بموجب عقد القسمة (٢٥) .
 - ٤ - التصرف في معدل القسمة .
 - ٥ - الاستيلاء على ربع الجزء المفرز الذي آلت اليه بموجب عقد القسمة والاستمرار مدة طويلة على هذه الحال .
 - ٦ - الانضمام لأبيه في طلب قسمة عقار مشترك بينهما لقسمة تمت دون مراعاة الاجراءات القانونية قبل بلوغه سن الرشد (٢٦) .
 - ٧ - التوقيع على عقود البيع الصادرة من المتقاسمين والمشار فيها الى ان اصل التملك يرجع الى عقد القسمة الذي أبرمه وهو ناقص الأهلية او أبرمه الوصي دون استئذان المحكمة المختصة .
- وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :**

(اجازة المقد قد تكون صريحة أو ضمنية ، ومن ثم فلا تنريب على محكمة الموضوع اذا استخلصت - في حدود سلطتها الموضوعية - استخلاصا سائفا من وقائع الدعوى ومستنداتها - اجازة الطاعة لعقد القسمة اجازة ضمنية بعد بلوغها سن الرشد من توقيعها كشاهدة على عقود البيع الصادرة من بعض المتقاسمين الآخرين والمشار فيها الى أن أصل التملك يرجع الى عقد القسمة المذكور وبالتالي لا تملو المجادلة في ذلك أن تكون جدلا موضوعيا لا تقبل اثارته أمام محكمة النقض) .

« طعن رقم ٤٤٩ لسنة ٢٦ ق - جلسة ١٩٦٢/٥/٣ »

انما لا يعتبر من قبيل الاجازة ما يأتي :

- ١ - مجرد سكوت ناقص الأهلية بعد زوال نقص أهليته ، عن طلب ابطال عقد القسمة منها طالت مدته . الا اذا فهم من هذا السكوت نزوله

(٢٥) استئناف مختلط في ٢٩ مايو سنة ١٩١٣ .
(٢٦) استئناف مختلط في ١٣ فبراير سنة ١٩١٣ .

عن طلب الإبطال « أو مستقط حقه في إبطال العقد بالتقدم طبقاً لنص المادة ١٤٠ مدني .

٢ - دخول ناقص الأهلية بعد زوال نقص أهليته في مفاوضات للصالح لم تكلل بالنجاح .

٣ - أن يدفع ناقص الأهلية بعد زوال نقص أهليته بوجه من وجوه البطلان وتركه الوجوه الأخرى .

٤ - أن يطعن ناقص الأهلية بعد زوال نقص أهليته بالتزوير على عقد القسمة الذي أبرمه أو أبرمه نائبه ، إذ يجوز له بعد الاتفاق في هذا الطعن أن يطلب إبطال العقد (٢٧) .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

(ليس من القانون ما يحول دون التمسك بطلب بطلان العقد لميب في أهلية المتصرف بعد الاتفاق في الادعاء بتزوير العقد الحاصل به هذا التصرف لاختلاف نطاق مرمى كل من الطعنين على الآخر ، إذ يقتصر الأمر في الطعن بالتزوير على انكار صدور التصرف من المتصرف دون التعرض للتصرف ذاته من حيث صحته وبطلانه ، في حين أن الطعن ببطلان التصرف لصدوره من غير ذي أهلية موجه إلى ذات التصرف بانكار توافر الأهلية في المتصرف . فإذا ما ثبت للمحكمة فساد الادعاء بالتزوير وصحة اسناد التصرف إلى المتصرف فإن ذلك لا يقتضي بطريق اللزوم أن يكون هذا المتصرف أهلاً لصدور التصرف منه ، كما أن الطعن بالتزوير لا يتضمن في ذاته اترار الطاعن بأهلية المتصرف ولا يفيد نزوله عن حقه في الطعن بعد ذلك في التصرف لميب في الأهلية) .

« طعن رقم ٣٤٨ لسنة ٢٦ ق - جلسة ١٩٦٢/٢/١٥ »

وينتبر استخلاص حصول اجازة عقد القسمة من عدمه مسألة تدخل
فى رجاى الواقع ، وتقاضى الموضوع فيها القول الفصل . من غير أن يخضع
فى تقديره لرقابة محكمة النقض ، طالما قام قضاؤه على أسباب سائفة من
شأنها أن تحمله (٢٨) .

٤٥ - أثر اجازة ناقص الأهلية عقد القسمة :

إذا أجاز ناقص الأهلية عقد القسمة بعد زوال سبب نقص الأهلية ،
زال حقه فى لبطال العقد واستتر وجود العقد نهائيا غير مهدد بالزوال .
ويعتبر العقد صحيحا من وقت صدوره لا من وقت الاجازة لأن للاجازة أثر
رجعى .

وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة ١٣٩ . كما نصت على أن
ذلك لا يحل بحقوق الغير اذ جرت على أن : (وتستند الاجازة الى التاريخ
الذى تم فيه العقد ، دون اخلال بحقوق الغير) ، والمقصود بإخير من كسب
حقا عينيا على الشيء موضوع العقد (٢٩) .

(٢٨) عبد الفتاح عبد الباقي - راجع نقض ١٩٦٢/٥/٣ المنشور

بهذا البند .

(٢٩) السنهوري ج ١ ص ٥٧٠ - وقارن عبد الفتاح عبد الباقي ص
٤٧٧ وما بعدها وهامش (١) ، اذ يرى أن فكرة الأثر الرجعى عقبيه وغير
ذات موضوع أصلا لأن العقد القابى للابطل قبل اجازته صحيح ومنتج
لأناره ، ومن ثم فهو ليس فى حاجة الى أن ترتد الاجازة الى ماضيه لتصحيحه ،
فى وقت كان هو خلاله صحيحا ، ومن ناحية أخرى ، فالقول بأن أثر الاجازة
يستند الى تاريخ إبرام العقد ، دون اخلال بحقوق الغير ، هو قول مجرد
عن المعنى ، فليس من المنصور ، لو أننا تشبينا مع منطق القانون ، أن يدخل
الأثر الرجعى للاجازة فى ذاته بحقوق الغير . وقد لجأ بعض الفقهاء فى فرنسا
وفى مصر الى تصوير حالة يقع فيها هذا الاخلال . وهم فى هذا الصدد
يقولون بأنه اذا باع ، مثلا ، ناقص الأهلية أرضه لزيد ، وبعد بلوغه سن
الرشد باعها مرة ثانية ل بكر أو رهنبا له ، ثم أجاز البيع الأول ، فإن هذه
الاجازة لا تسرى فى حق بكر الذى تخلص له الملكية دون زيد ، أو تنتقل
الملكية لهذا الأخير مثقلة بالرهن لصالح بكر . وهذا القول لا يتسق مع
مدلول نص المادة ١٣٩/٢ ، فهذا النص لا يقضى بأن الاجازة لا تسرى فى =

والاجازة لا تحدث هذا الأثر ، الا بالنسبة الى ذات العيب الذى انصبت عليه ، والذى استهدف بها تصحيح العقد منه . فاذا قام العقد على أكثر من عيب وحصلت الاجازة بالنسبة الى عيب معين دون غيره ، مثل نقص الأهلية ، تصحح العقد منه ، ولكنه يبقى مشوباً بالعيب الأخرى وقابلاً للإبطال بسببها .

٤٦ - اثبات اجازة ناقص الأهلية لعقد القسمة :

يقع عبء اثبات اجازة ناقص الأهلية لعقد القسمة على مدعى الاجازة ، وهم باقى الشركاء فى المال الشائع .

وإذا كانت الاجازة صريحة فانها تخضع فى اثباتها لحكم القواعد العامة . فاذا كانت قيمة نصيب القاصر تجاوز مائة جنيه فلا يجوز اثبات الاجازة بالبينة . وانما يجب اثباتها بالكتابة أو ما يقوم مقامها .

أما اذا كانت الاجازة ضمنية ، فانه يجوز اثباتها بكافة طرق الاثبات

« حق الغير ، وانما هو يقول أن الذى لا ينفذ فى حق الغير هو استناد تلك الاجازة الى التاريخ الذى تم فيه العقد ومع افتراض أن الاجازة ذاتها هى التى لا تسرى فى حق الغير ، فان ذلك لا يؤدى بذاته وبمجردة الى النتيجة التى يرتبها أنصار الرأى الذى نعارضه . فاذا أخذنا المثال السابق ، ومؤداه ان يبيع ناقص الأهلية أرضه لزيد ، وبعد بلوغ سن الرشد ، يبيعها مرة ثانية أو يرهنها ليكر . تم يجيز البيع الاول ، فى هذا المثال ، نجد ان انبيع الحاصل لزيد ينشأ صحيحاً منتجاً لآثاره ، حتى قبل اجازته . فهو يملكه المثابة قد أفلح فى نقل الملكية الى زيد . فاذا جاء البائع بعد ذلك ، وتصرف فى الأرض ليكر ، فانه يتصرف له فى ملك الغير . فلا يستطيع أن ينتقل اليه الملكية أو يرتب له حق الرهن ، لأن فاقد الشيء لا يعطيه . فاذا أجاز البائع البيع الحاصل لزيد ، وقلنا أن هذه الاجازة لا تسرى فى حق بكر ، ما كان من شأن ذلك بذاته وبمجردة أن يخلص الحق ليكر . اذ أن عدم الاعتداد بالاجازة بالنسبة الى بكر معناه عدم وجودها فى حق ، والبيع الصادر لزيد صحيح بدون تلك الاجازة ومن قبل صدورهما » .

راجع أيضاً مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٢٤٣ وما بعدها .

بما فيها البينة والقرائن ، لأنّ الاتبات هنا ينصب على واقعة مادية دالة على
الاجازة .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

(أن عبء اثبات اجازة عقد قابل للإبطال انما يقع على عاتق مدعى
الاجازة ... الخ) .

« طعن رقم ٣٦ لسنة ٢١ ق - جلسة ١٦/١١/١٩٥٣ »

٤٦ مكرر - استحالة تنفيذ القسمة :

إذا استحال تنفيذ القسمة التي صدقت عليها المحكمة جاز طلب
الحكم بالفائها بدعوى أصلية ، وفي الواقع فإن القسمة المذكورة اما تعتبر
عقدا يبرم تحت اشراف المحكمة ورقايتها ، والعقود تفسخ اذا استحال
تنفيذها ، سواء كانت الاستحالة طارئة ام كانت سابقة للعقد من باب أولى ،
واما أن يعتبر تصديق المحكمة على القسمة كلها حائزا قوة الشيء المقضى به ،
ومن المقرر أن استحالة تنفيذ الأحكام ما يضيع قوة الشيء المقضى به ويجوز
اعادة النظر في النزاع من جديد (٣٠) .

٤٧ - دعوى صحة ونفاذ عقد القسمة :

يجوز لكل ذى مصلحة من الشركاء في المال الشائع الذين أبرموا
القسمة الاتفاقية ، أن يرفع دعوى بصحة ونفاذ عقد القسمة ، وباختصاصه
بتصبيه المبين بالعقد ، كما له أن يضيف طلب تسليم الحصص التي اختص
بها اليه .

ويكون على المحكمة التي تنظر الدعوى الوقوف على توافر أركان
القسمة من رضا ومحل وسبب ، على النحو الذي أوضحناه ، سلفا .

(٣٠) محمّد كامل مرسى ص ٢٢١ - وحكم محكمة بني مسوف
الابتدائية في ١٦ أكتوبر ١٩١٤ المشار اليه في المرجع السابق في هامش
رقم (٢) في ذات الصحيفة .

وترفع الدعوى أمام المحكمة المختصة قيميا طبقا للقواعد العامة ،
تتفرع الى المحكمة الجزئية اذا كانت قيمة الدعوى لا تجاوز خمسة آلاف جنيه
والى المحكمة الابتدائية اذا تجاوزت هذه القيمة . والمبرة فى تقدير قيمة
الدعوى بقيمة المال محل القسمة (م ٧/٢٧ مرافعات) ، أى قيمة المال
الضائع جميعه وليس نصيب المدعى فقط . فاذا كان المال عقارا مبنيا قدرت
قيمته باعتبار ثلاثمائة مثل من قيمة الضريبة الاصلية المربوطة عليه ، فان
كان من الأراضى يكون التقدير باعتبار مائتى مثل من قيمة الضريبة الاصلية .
فاذا كان العقار غير مربوط عليه ضريبة قدرت المحكمة قيمته (م ١/٢٧
مرافعات . معدلة بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢) ، وعلى ذلك لا يعتمد بالقيمة
الناتجة بمقد القسمة (٣١) .

٤٨ - قضاء النقض فى شأن رسوم دعوى صحة عقد القسمة :

١ - (رسم الدعوى التى ترفع بصحة عقد القسمة ونفاذه يجب ان
يكون شاملا للقدر المبنى بالعقد جميعه لأن الحكم فى الدعوى يكون قد حسم
النزاع بين الشريكين فى هذا التقدير بأكمله وذلك وفقا للفقرة الثالثة من
المادة ٧٥ من القانون رقم ٩٠ لسنة ١٩٤٤ الخاص بالرسوم القضائية) .

» طعن رقم ١٢ لسنة ٢٣ قى - جلسة ١٩٥٦/١١/٥ «

(٣١) وقد قضت محكمة النقض - الهيئة العامة للمواد المدنية
والتجارية والأحوال الشخصية - بصدد تقدير قيمة دعوى الشفعة -
بتأريخ ١٩٨٨/٤/٢٧ فى الطعن رقم ٣١٢ لسنة ٥٧ قى بان :
(اذا كان الحكم المعلوم فيه قد قدر - صحيحا - وبما لا خلاف عليه
بين طرفي الخصومة - قيمة الدعوى بمبلغ أربعة وتسعين جنيها وسبعائة
وثلاثين مليا - وذلك طبقا للبند الأول من المادة ٢٧ من قانون المرافعات -
اعتبارا بأن دعوى الشفعة تعتبر متعلقة بملكية العقار المشفوع فيه فيرجع
فى تقدير قيمتها الى قيمة العقار وهو من الأراضى التى يكون تقديرها باعتبار
سبعين مثلا لقيمة الضريبة الاصلية المربوطة عليها - بما يجعل الدعوى
تدخل فى الاختصاص القيمى للمحكمة الجزئية فلا تختص بها المحكمة
الابتدائية فان الحكم الصادر فيها من هذه المحكمة يكون جائزا استثنائه) -
والذين من اسباب الحكم أنه لم يأخذ بالقيمة الواردة بعقد البيع وقدرها
٥٨٩ ج .

٢ - (رسوم الدعوى بطلب صحة ونفاذ عقد القسمة . وجوب أن يكون شاملا للقدير المبين بالمقد جميعه . - علة ذلك لقلم الكتاب التحرى عن القيمة الحقيقية للمقار بحساباته أرضا مملدة للبناء . - مادة ٧٥ ق ٩٠ لسنة ١٩٤٤ المعدلة بالقانون رقم ٦٠ لسنة ١٩٦٤) .

« طعن رقم ١١٨ لسنة ٥٣ ق - جلسة ١٩٨٧/٦/٢٤ »

٣ - (المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن طلب أحد الشركاء فى عقد قسمة المال الشائع بصحة العقد ونفاذه باختصاصه بنصيبه المبين بهذا العقد مؤده أن فرز وتجنب حصته التى تم التراضى على فرزها بذلك العقد يبنى عليه حتما فرز حصة الشركاء الآخرين أى أن النزاع شمل القدر المقسم بأكمله وأن الحكم الذى صدر قد حسم النزاع بين الشركاء فى شأن المال موضوع العقد جميعه لا حصة شريك بمفرده مما يستتبع أن يكون الرسم شاملا للقدر المبين بالمقد جميعه وفقا للفقرة الثالثة من المادة ٧٥ من المرسوم بقانون رقم ٩٠ لسنة ١٩٤٤ بشأن الرسوم القضائية فى المواد المدنية) .

« طعن رقم ٨٨١ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٩٠/٢/٨ »

٤ - دعوى صحة ونفاذ عقد القسمة غير قابلة للتجزئة :

دعوى صحة ونفاذ عقد القسمة من الدعاوى غير القابلة للتجزئة .
وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

(... ولما كان الحكم المستأنف صادرا فى موضوع غير قابل للتجزئة هو صحة ونفاذ القسمة التى تمت بين أطراف الخصومة . فإن بطلان الاستئناف بالنسبة لها (المستأنف عليها الثالثة) يستتبع بطلانه بالنسبة لجميع المستأنف عليهم) .

« طعن رقم ٥٦٦ لسنة ٣٥ ق - جلسة ١٩٧٠/٣/١٢ »

ومن الآثار التى تترتب على كون دعوى صحة ونفاذ عقد القسمة من الدعاوى غير القابلة للتجزئة اعمال نص المادة ٢١٨ مرافعات التى تجرى

على أن : (فيما عدا الأحكام الخاصة بالطمعون التي ترفع من النيابة العامة لا يفيد من الطعن الا من رفعه ولا يحتج به الا على من رفع عليه .

على أنه اذا كان الحكم صادرا في موضوع غير قابل للتجزئة أو في التزام بالتضامن أو في دعوى يوجب القانون فيها اختصاص أشخاص معينين جاز لمن فوت ميعاد الطعن من المحكوم عليهم أو قبل الحكم أن يطعن فيه أثناء نظري الطعن المرفوع في الميعاد من أحد زملائه منضميا اليه في طلبة ، فان لم يفعل أمرت المحكمة الطاعن باختصاصه في الطعن . واذا رفع الطعن على أحد المحكوم لهم في الميعاد وجب اختصاص الباقيين ولو بعد فواته بالنسبة اليهم ... الخ) .

٥٠ - سلطة القاضي المستجبل في فرض الحراسة على الأموال الشائعة محل عقد القسمة :

اوضحت ذلك محكمة النقض في حكمها الصادر بتاريخ ١٩٨٥/٢/٢٨ في الطعن رقمي ١٤٨٠ ، ١٦٣٥ لسنة ٥٤ ق اذ قضت بأن :

١ - (من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن تقدير توافر النزاع الجدي والخطر الموجبين للحراسة من المسائل الواقعية التي تستقل بتقديرها محكمة الموضوع وحسبها أن تقيم قضاها بهذا الاجراء التحفظي المؤقت على أسباب سائفة تكفي لمحلها) .

٢ - (من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن قاضي الأمور المستعجلة يتمتع عليه أن يمس أصل الحق في الاجراء المؤقت الذي يأمر به ، واذا كان قضاء الحكم المظنون فيه يفرض الحراسة القضائية محمولا على قيام النزاع الجدي حول صحة وقيام عقدي القسمة ... فان تكليفه الحارس بتوزيع صافي ريع الأموال محل الحراسة على المحصوم طبقا لأنصبتهم الشرعية في التركة ينطوي على اهدار لمقتدى القسمة واعتبار أن الأموال محلها تركبة شائعة بين الورثة وهو ما يمس أصل الحق بما يعيبه بمخالفة القانون) .

٥١ - أوجه الطعن في القسمة الاتفاقية :

القسمة الاتفاقية عند كسائر العقود - ومن ثم يجوز الطعن هل عقد القسمة بكافة أوجه الطعن التي توجه الى أي عقد من العقود .

فيجوز للشركاء الطعن على القسمة بما يأتي :

١ - بالبطان المطلق ، كما اذا تمت القسمة بين الشركاء هل أموال مورثهم الشائعة حال حياته ، باعتبار أن القسمة تمت تعاملا في تركة مستقبلة .

٢ - بالابطال اذا وقع المتعاقد في غلط جوهري ، ان كان المتعاقد الآخر قد وقع منه في هذا الغلط ، أو كان على علم به ، أو كان من السهل عليه ان يتبينه (م ١٢٠ مدني) أو لغلط في القانون اذا توافرت فيه شروط الغلط في الواقع .

٣ - بالابطال للتدليس اذا كانت الحيل التي لجأ اليها أحد المتعاقدين ، أو نائب عنه من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد (م ١٢٥ مدني) .

٤ - بالابطال للاكراه اذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بعينها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق وكانت قائمة على أساس (م ١٢٧ مدني) .
والمرشح وان جاز ابطال العقد للغبخ بالتفصيل الذي نصت عليه

(٣٢) وقد قضى بأن :

(اذا رفضت المحكمة دعوى بطلان القسمة بناء على أن ما يقوله المدعي من أن الأرض التي اختص بها بموجب العقد وجدت بعد مساحتها تفاير المقادير الموضحة فيه لا يؤثر في صحة القسمة ووجوب احترامها فانها لا تكون مخطئة في ذلك ، لأن اختلاف المساحة لا يؤثر في صحة العقد مادام قد احتيط فيه بذكر أن المقادير تقريبية ، مما يتفق معه القول بوجود غش أو خطأ في القسمة) -

« تقضى طعن ٩٩ لسنة ١٣ ق - جلسة ١٩٤٤/٥/١١ »

المادة ١٢٩ مدنى التى تجرى على-أنه- (فذلك كانت إلتزامات أحد المتعاقدين لا تتمادل. السنة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزمات المتعاقد الآخر . ويتبين انه المتعاقد المقبول لم يبرم العقد الا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشا بينا أو هوى جامعا ، جاز للقاضى بناء على طلب المتعاقد المقبول أن يبطل العقد أو ينقص التزمات هذا المتعاقد .

ويجوز أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد ، والا كانت غير مقبولة .

ويجوز فى عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الابطال ، اذا عرض ما يراه القاضى كافيا لرفع الغبن .

الا اننا سنرى أن المشرع نظم تقض القسمة للغبن على خلاف ما جاء بهذه المادة ، وما جاء بالمادة ٤٢٥ مدنى بخصوص الغبن فى البيع ، وذلك لجبا للغبن فى القسمة من أهمية خاصة .

موضوع رقم (٢) نقض القسمة الاتفاقية للمغبين

٥٢ - النص القانوني :

المادة ٨٤٥ مدني :

(يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضي اذا اثبت أحد المتقاسمين أنه قد لحقه منها غبن يزيد على ائمس ، على أن تكون العبرة في التقدير بقيمة الشيء وقت القسمة .

ويجب أن ترفع الدعوى خلال السنة التالية للقسمة . وللمدعى عليه أن يقف سيرها ويمنع القسمة من جديد اذا اكمل للمدعى نقدا أو عيناً ما نقص من حصته) .

٥٣ - نقض القسمة للمغبين قاصر على القسمة الاتفاقية :

واضح من نص المادة ٨٤٥ مدني أن الشارع يقصر نقض القسمة للمغبين على القسمة الاتفاقية ، دون القسمة القضائية وذلك على غير ما فعل القانون الفرنسي حيث اباح نقض القسمة القضائية للمغبين .

وسند الشارع المصري في ذلك ، أن كل الاحتياطات قد اتخذت في القسمة القضائية - كما سنرى - لمنع الغبن .

وفي هذا جاء بالذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي :

(أما القسمة القضائية فلا يقبل فيها دعوى الغبن ، لأن المفروض في هذه القسمة أن كل الاحتياطات قد اتخذت لمنع الغبن) (١) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٦ ص ١٢٨ .

كما لا يسرى حكم نقض القسمة للغير على قسمة الميااة ، فيسده
- كما سنرى - تخضع للقواعد العامة (٢) :

ويبرر الفقه تطبيق أحكام الغير على القسمة الاتفاقية ، بأن وطيفنة
القسمة تقتضى أن يسود مبدأ المساواة بين المتقاسمين في حصول كل منهم
على جزء مفرز يماثل حصته الشائعة . فالقسمة ، وهى تقتصر على تحقيق
التطابق بين النطاق المادى لحق الشريك ونطاقه المعنوى ، لا تنقل للمتقاسم
حقا لم يكن له من قبل ، وإنما هى تقتصر على الكشف عن الحق الذى كان
ثابتا له فهى على عكس المعاضات الناقلة كالبيع ، لا تقوم على أساس من
المضاربة لذلك عنى الشارع بأن يكفل المساواة فى هذا التطابق بين أنصبة
الشركاء فى القسمة وحصصهم الشائعة (٣) .

**٥٤ - اجازة القسمة الاتفاقية من الشريك المغبون تمنع من رفع دعوى
نقض القسمة للغير :**

يجوز للشريك المغبون فى القسمة الاتفاقية أن يجيز هذه القسمة ،
فتصبح القسمة بعد هذه الاجازة غير قابلة للنقض وتمنع الشريك المغبون
من رفع دعوى نقض القسمة . وهذه الاجازة كما تكون صريحة تكون
ضمنية .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

(ان المادة ٨٤٥ من القانون المدنى قد جعلت من الغير الذى يزيد
على الخمس عيبا فى عقد القسمة يجيز بذاته للشريك المغبون طلب نقضها
ولهذا الشريك أن يجيز القسمة التى لحقه منها غبن فتصبح بعد ذلك غير

(٢) عبد المنعم الصلحة ص ٢٥٤ - اسماعيل غانم ص ١٨٠ هاشم (٢)

(٣) عبد المنعم البدرأوى ص ١٩٨ - محمد على عرفة ص ٤٥١ -

اسماعيل غانم ص ١٨٠ وما بعدها - جميل الشرقاوى ص ١٥٣ - مجموعة
الأعمال التحضيرية ج ٦ ص ١٢٨ .

قابلة للنقض وهذه الإجازة كما تكون صريحة يجوز أنه تكون ضمنية إذ القانون لم يشترط لتحقيقها صورة معينة . وتصرف الشريك المغبون في كل أو بعض نصيبه بعد علمه بالغبن الذي لحقه وظروفه يمكن أن يعتبر إجازة ضمنية للقسمه ونزولا منه عن حقه في طلب نقضها إذا دلت ظروف الحال على أن نيته قد اتجهت إلى التجاوز عن هذا العيب وإلى الرضاء بالقسمه رغم وجوده . وتقدير تلك الظروف وتعرف هذه النية من شئون محكمة الموضوع) .

« طعن رقم ٣٥٩ لسنة ٣٤ ق - جلسة ١٩٦٨/١٢/٥ »

٥٥ - الغبن في ذاته يجيز نقض القسمه :

إذا وقع في القسمه غبن يزيد على الخمس ، كان هذا عيبا كافيا بذاته لطلب نقض القسمه . فهذا العيب يجعل عقد القسمه قابلا للإبطال . فالمرجع يقيم الغبن على أساس مادي بحت(١) .

وعلى ذلك لا يشترط لنقض القسمه بالغبن ، أن يكون الغبن الحاصل في القسمه نتيجة لاستغلال طيش بين أو هوى جامع في الشريك المغبون ، كما تتطلب المادة ١/١٢٩ مدني في الغبن الذي يقع في العقود الأخرى .

والغالب في العمل أن يكون الغبن قد وقع نتيجة لغلط في قيمة الشيء ، وعندئذ يكون عقد القسمه قابلا للإبطال إذا توافرت الشروط المنصوص عليها في المادتين ١٢٠ ، ١٢١ مدني ، وكذلك قابلا للنقض إذا توافرت شروط الغبن .

ويقع الغبن ، دون أن يكون هناك غلط أو تدليس أو إكراه(٢) .

أما الخطأ في الحساب فلا يكون سببا للإبطال للغلط ، ولا للنقض

(٤) الصدة ص ٢٥٤ .

(٥) السنيوري ص ١١٩٥ - عرفة ص ٤٥١ .

بالغبين * والخطأ في الحساب يجب تصحيحه أيا كان مقدار الخطأ (م ١٢٣ مدني) *

وقد قضت محكمة النقض بأن :

(جعلت المادة ٨٤٥ من القانون المدني من الغبن الذي يزيد على الخمس عيباً في عقد القسمة يجيز بذاته طلب نقضها ، ومن ثم فإذا وقع في القسمة غبن بالمقدار الذي حدده القانون ، جاز للشريك المغبون أن يرجع على باقي الشركاء بالغبن حتى ولو كان سبب الاستحقاق قد استبعد في عقد القسمة من أن يكون سبباً للرجوع بالضمان وذلك تحقيقاً للمساواة بين المتقاسمين . لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر وذهب إلى أن إسقاط الطاعة حقها في الضمان بالنسبة لحصتها في العمارة يترتب عليه سقوط حقها في طلب نقض القسمة للغبن فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون) *

« طعن رقم ٥١ لسنة ٤٠ ق - جلسة ١٩٧٥/٤/١ »

. ويجوز نقض القسمة للغبن سواء كان الشريك المغبون قاصراً أو رشيداً (٦) -

٥٦ - اختلاف الغبن في القسمة عن الغبن في عقد البيع :

تقوم فكرة نقض عقد القسمة للغبن على فكرة تحقيق المساواة بين المتقاسمين ، ومن هذا المنطلق اختلفت أحكام الغبن في القسمة عن أحكام الغبن في بيع عقار مملوك لشخص لا تتوافر فيه الأهلية إذا كان الغبن يزيد على الخمس (م ٤٢٥ مدني) (٧) ، فعلى خلاف ما هو مقرر في هذا البيع

(٦) منصور مصطفى منصور ص ١٨٥ .

(٧) تنص هذه المادة على أن :

(إذا بيع عقار مملوك لشخص لا تتوافر فيه الأهلية وكان في البيع غبن يزيد على الخمس فللبائع أن يطلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل . ويجب لتقدير ما إذا كان الغبن يزيد على الخمس أن يقوم العتاز بحسب قيمته وقت البيع) .

لا يشترط أن يكون محل القسمة عقارا ، ولا أن يكون المتقاسم المقبول غير كامل الأهلية .

كما أن هناك فروقا أخرى تتعلق بالدعوى وما يجب على الطرف الآخر أدائه لتجنب نقض القسمة (٨) .

٥٧ - جواز نقض القسمة العينية للغبن :

لا خلاف حول جواز نقض القسمة العينية بالغبن إما كان نوع القسمة ، أى سواء تمت بمعدل أو بشير معدل ، وسواء كانت كلية أو جزئية .

٥٨ - هل يجوز نقض قسمة التصفية للغبن ؟

القسمة بطريق التصفية أحد أنواع القسمة ومن ثم يجوز نقضها بالغبن .

ألا أنه يتعين التفرقة بين ما إذا كان المزاو قد رسا على أحد الشركاء ام رسا على أجنبى . فاذا كان المزاو قد رسا على أحد الشركاء فان البيع - كما أسلفنا - يعتبر قسمة ، وبالتالي فانه يمتد بالغبن الواقع فى القسمة .

ومعنى ذلك انه اذا بيع المال للشريك بأقل من أربعة أخماس قيمته فانه بترزيع الثمن على باقى الشركاء يكون نصيب كل منهم منهم أقل من أربعة أخماس القيمة الحقيقية للمال الشائع ، ومن ثم يحق لهؤلاء وهم الشركاء فى المال الشائع - عدا المشتري - طلب نقض القسمة للغبن .

أما اذا كان المشتري أجنبى أى ليس من بين الشركاء المشتاعين المتقاسمين ، فان رسو المزاو على الأجنبى يعد - كما أسلفنا - بيعا لا قسمة ، ومن ثم لا يتصور أن يكون هناك غبن فى قسمة الثمن بين الشركاء ، لأن

الغبين هنا وقع في بيع المال الشائع وليس في قسمته (٩) .

٥٩ - الغبن في حالة تجزئة القسمة الى عدة عقود :

قد لا تتم القسمة بعقد واحد ، وانما تتم بأكثر من عقد يرد كل منها على جزء من المال الشائع . وفي هذه الحالة لا ينظر في وجود الغبن الى كل عقد على حدة ولكن الى القسمة في مجموعها ، اذ ربما يفبن المتقاسم في عقد ويأخذ أكثر من نصيبه في عقد آخر .

ومن ثم اذا تبين أن المتعاقد قد غبن بما يزيد على الخمس في مجموع هذه العقود ، كان له طلب نقض العقود جميعها لأنها تعتبر مراحل متعاقبة في قسمة كلية واحدة .

٦٠ - العبرة في نقض القسمة بحقيقة العقد :

قد يستر المتقاسمون عقد القسمة في صورة عقد آخر ، كمقد بيع او مقايضة او صلح ، وفي هذه الحالة تكون العبرة في طلب نقض العقد بالغبين ، بحقيقة العقد . فاذا ثبت أن العقد في حقيقته قسمة ، وأنه وقع فيها غبن بما يزيد على الخمس ، جاز للشريك المغبون طلب نقضها .

ويقع على عاتق الشريك الذي يدعى صورية العقد وأنه يخفي قسمة عبه اثبات ذلك .

ويتبع في الاثبات حكم القواعد العامة في الاثبات .

٦١ - لا يجوز نقض عقد القسمة الاحتمال بسبب الغبن :

لا يجوز نقض عقد القسمة الاحتمال بسبب الغبن ، لأن المتود الاحتمالية تابع طبيعتها أن تنقض للغبن . فاذا قسمت قطعة ارض شائعة بين شريكين على أن يكون نصيب أحد الشريكين أداء احتماليا ، كان يترك له

ملكية الأرض فى مقابل أن يقدم له ايرادا مرتبا مدى الحياة ، أو أن يرتب له على هذا المال حق انتفاع يبقى ما دام هو على قيد الحياة .

٦٢ - مقدار الفبن الذى يجيز طلب نقض القسمة :

مقدار الفبن الذى يلحق بالشريك فى القسمة ، ويجيز له طلب نقض القسمة ، هو الذى يزيد على خمس المال الشائع محل القسمة (١٠) ، فهو يقدر تقديرا حسابيا . فإذا كان الفبن يقل عن ذلك ، لم يكن للشريك طلب نقض القسمة .

وبالرغم من أن المحكمة من جواز نقض القسمة للفبن أنها يجب أن تحقق المساواة بين المتقاسمين ، إلا أنه يتمين أن يصل مقدار الفبن الى قدر من الأهمية ، قدره المشرع بما يزيد على الخمس ، والا لما استقرت قسمة ، اذ لا يخلو الأمر من وجود تفاوت فى قيمة الأنصبة (١١) .

والعبرة فى التقدير بقيمة المال الشائع وبقيمة نصيب كل شريك وقت القسمة ، وليس وقت بدء الشبوع ، أو وقت رفع دعوى الفبن ، فالمراد هو تحقيق مبدأ المساواة فى حصول كل من الشركاء بمقتضى القسمة على ما يعادل حصته الشائعة فيتعين أن يكون وقت القسمة هو المرجع فى التقدير (١٢) .

فلا يعتد بالزيادة أو النقص الذى يطرأ على المال الشائع أو على نصيب كل شريك بعد وقوع القسمة ، فقد تزيد قيمة المال بسبب زيادة صقه أو تقل بسبب انخفاض الأسعار .

وقد يحدث الفبن بغير إعادة تقويم المال ، كما لو اختص وارث

(١٠) وقد اقترح فى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ رفع نسبة الفبن من الخمس الى الربع ، ولكن اللجنة لم توافق على ذلك .
(١١) منصور مصطفى منصور ص ١٨٥ وما بعدها .
(١٢) اسماعيل غانم ص ١٨١ - البدرولى ص ١٩٨ .

ضمن حصة - يدين للمؤثر على الغير ، ثم يتبين أن المدين -معسر منذ
القصة وترتب على إعساره أن لحق الوارث -غبين يزيد على الخمس ، فيكون له
أن ينقض القصة (١٣) .

ويمتد في تقدير نصاب الغبن بقيمة حصة الشريك في مجموعها ، فإذا
كانت حصته مكونة من عقارات ومنقولات ، وكانت قيمة ما خصه من
المقارات أقل من قيمة ما خص بقية شركائه منها بما تزيد على الخمس ،
ولكن هذا النقص تموضه زيادة في قيمة ما آل إليه من منقولات ، فلا يكون
ثمة مجال للطعن في القصة بسبب الغبن في قيمة المقارات (١٤) .

ولا يكفي لنقض القصة أن يكون حصة أحد الشركاء زائدة على قيمة
حصة كل من الشركاء الباقين بما يجاوز الخمس ، طالما أن هذه الزيادة لو
وزعت على بقية الشركاء لما تحقق بالنسبة إلى كل منهم غبن يزيد على الخمس
ومن ثم لا تكون دعوى الغبن مقبولة من أى منهم (١٥) .

وفي تقدير القيمة لا يستند بالقيمة المقدرة في عقد القصة ، وإنما يعاد
التقدير من جديد ، وللمحكمة الاستعانة بالخبراء في هذا التقدير .

وبالترتيب على ما تقدم ، إذا كان الشركاء في مال شائع أربعة يخصص
متساوية وقدرت قيمة المال بالفى جنيه ، كان الواجب أن تكون قيمة
نصيب كل من الشركاء ٥٠٠ ج ، ويجب لكلى يكون الشريك مقبونا أن تكون
قيمة الحصة المفرزة التي وقعت في نصيبه تقل بما يزيد على خمس المبلغ
الآخر وهو مائة جنيه أى بأن تكون قيمة حصته أقل من ٤٠٠ ج .

٢٣ - تحديد نصاب الغبن ليس من النظم العام :

تحديد نصاب الغبن وهو ما يزيد على الخمس ليس من النظم العام ،

(١٣) أحمد سلامة ص ٣٨١ هامش (١) .

(١٤) عرفة ص ٤٥٢ .

(١٥) عرفة ص ٤٥٢ - محمد كامل مرسى ص ٢٤٣ الهامش .

فيجوز أن يتفق المتقاسمون على خلافه ، كأن يتفقوا على تحقيق المساواة المتامة بين حصصهم ، فإذا لم توافق هذه المساواة عند تكوين الحصص جاز للشريك الذي يتظلم من نقص حصة حصته أن يطعن في القسمة بسبب الغبن ، وعندئذ يكون للقاضي أن يقضى بنقض القسمة حتى لو كان الغبن أقل بكثير من الخمس (١٦) .

٦٤ - عدم جواز تنازل الشريك مقدما عن الحق في طلب نقض القسمة للغبن :

لا يجوز للشريك أن ينزل مقدما عن حقه في طلب نقض القسمة بسبب الغبن ، في أية صورة يفرغ فيها هذا التنازل ، لأنه لا يجوز النزول عن الحق قبل وجوده ، وهذا الحق لا يوجد إلا بتحقيق الغبن فعلا وهو ما لا يتحقق إلا بتام القسمة وتوزيع الحصص .

٦٥ - الخصوم في دعوى نقض القسمة للغبن :

ترفع دعوى نقض القسمة للغبن من الشريك المغبون أي الذي لحقه الغبن . وإذا تعدد الشركاء المغبونون جاز لهم رفع الدعوى منفردين أو مجتمعين (١٧) .

أما الشريك الذي لم يغب فلا يجوز له بداهة رفع الدعوى .

وتنتقل دعوى نقض القسمة للغبن من الشريك المغبون إلى وارثه ، ويجوز للوارث بعد وفاة الشريك أن يرفع الدعوى أو أن يواصل السير فيها .

ويجوز كذلك لدائن الشريك المغبون أن يرفع الدعوى باسم مدينه طبقا للقواعد المقررة في الدعوى غير المباشرة (١٨) .

(١٦) محمد كامل مرسى ص ٢٤٣ الهامش - عرفة ص ٤٥١ .
(١٧) محمد كامل مرسى ص ٢٤٣ الهامش - عرفة ص ٢٠٠ .
(١٨) السنيوري ص ١١٩٩ .

والمدعى عليه فى دعوى تقضى القسمة للفين هم مائى الشراكاء
المشتاعون ، لأن هذه الدعوى تهدف الى ابطال القسمة بالنسبة للجميع ،
ويجب على المدعى اختصاصهم (١٩) .

٢٦ - رفع دعوى تقضى القسمة للفين خلال سنة :

أوجبت الفقرة الثانية من المادة ٨٤٥ مدنى رفع دعوى تقضى القسمة
للفين خلال السنة التالية للقسمة ، فلا يحسب فيها اليوم الذى تمت فيه
القسمة ، وتحسب مدة السنة من اليوم التالى ، وتحسب السنة بالتقويم
الميلادى (م ٣ مدنى) ، وقد هدف الشارع من هذا الميعاد سرعة تحقيق
الاستقرار النهائى للاتفاق النهى للشيوع وحتى لا يبتى مصير القسمة معقلا
أمدا طويلا (٢٠) .

فإذا لم ترفع الدعوى خلال سنة ، كانت الدعوى غير مقبولة لرفعها
بعد الميعاد ، يستوى أن يكون المدعى قد علم بالفين الذى لحق به أو لم يعلم .
ومدة السنة المذكورة ، مدة سقوط لا تقادم ، فهى مدة حتمية لا يرد عليها
الوقف أو الانقطاع (٢١) . وهى فى هذا تتفق مع دعوى الفين للاستغلال
المنصوص عليها بالمادة ١٢٩ مدنى ، اذ نصت الفقرة الثانية منها على أنه
يجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد ، والا كانت غير
مقبولة . ولكنها تختلف عن دعوى الفين فى بيع عتار غير متوافر الأهلية
المنصوص عليها بالمادة ١/٤٢٦ مدنى ، والتي نصت على أن تسقط بالتقادم
دعوى تكسلة الثمن بسبب الفين إذا انقضت ثلاث سنوات من وقت توافر
الأهلية أو من اليوم الذى يموت فيه صاحب العقار المبيع .

(١٩) السهنورى ص ١٢٠٠ - أحمد سلامة ص ٣٨٢ .

(٢٠) الشرقاوى ص ١٥٤ - عرفة ص ٤٥٣ .

(٢١) السهنورى ص ١٢٠٠ - الدكتور محمد على عمران الحقوق
العينية الأصلية فى القانون المدنى المصرى ص ٣٢٦ - أحمد سلامة ص ٣٨٢
- عبد المنعم الصنعة ص ٢٥٥ - منصور مصطفى منصور ص ١٨٦ .

٦٧ - اثبات الغبن في القسمة :

يقع عبء اثبات الغبن في القسمة على الشريك الذي يدعى الغبن وهو المدعى في دعوى نقض القسمة بالغبن .

ولهذا الشريك اثبات الغبن بكافة طرق الاثبات القانونية - بما فيها البينة والقرائن - لأن محل الاثبات هنا واقعة مادية .

وغالبا ما تندب المحكمة التي تنظر الدعوى خبيرا تكون مهمته تقدير قيمة المال الشائع وقت القسمة وقيمة الجزء المقرز الذي آل الى المدعى وقت القسمة أيضا ، وبمقارنة هاتين القيمتين يمكن معرفة ما اذا كان المدعى قد لحق به غبن يزيد على الحس بالنظر الى مقدار حصته في المال الشائع قبل القسمة (٢٢) .

٦٨ - الحكم الذي يصدر في دعوى نقض القسمة :

طلب نقض القسمة بالغبن ، يهدف الى هدم القسمة التي تمت اى هدم الاتفاق الذي أدى الى الغبن ، حتى يتيسر اجراء القسمة من جديد - وما دام هذا الهدم يرجع الى سبب مقارن لنشوء التصرف القانوني يتمثل في عيب فيه ، فانه يقوم على بطلان تصرف المتقاسم المغبون اى أن الطعن في القسمة هو طلب بابطال القسمة (٢٣) .

فاذا ثبت للقاضي حصول الغبن وجب عليه القضاء بابطال عقد القسمة .

وليس للقاضي سلطة تقديرية في القضاء بابطال العقد ، لأن في دعاوى الابطال لا يكون للقاضي سلطة تقديرية في القضاء بالابطال اذا ثبت له تحقق سببه (٢٤) ، وذلك على خلاف الحال بالنسبة لدعاوى الفسخ فله فيها سلطة تقديرية .

(٢٢) السنهوري ص ١٢٠٠ - أحمد سلامة ص ٣٨٢ .

(٢٣) السنهوري ص ١٢٠١ - الشوقاوى ص ١٥٣ .

(٢٤) السنهوري ص ١٢٠١ - أحمد سلامة ص ٣٨٢ هامش (١) .

٦٩ - آثار القصد بنقض القسمة :

يترتب على القضاء بنقض القسمة أى إبطالها ، اعتباراها كأن لم تكن ، فيكون للحكم أثر رجعي ، ويعود المتقاسمون إلى حالة الشيوع التي كانت قائمة . ويعتبر الشركاء مالكيين على الشيوع منذ بدئه ، وذلك عملا بالمادة ١/١٤٢ مدني التي تنص بأنه : (في حالتى ابطال العقد وبطلانه يعاد المتماقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد . فإذا كان هذا مستحيلا جاز الحكم بتعويض معادل) .

ويجوز للشركاء بعد صدور الحكم : الاتفاق على قسمة جديدة ، كما أن لهم كلهم أو بعضهم الالتجاء إلى القضاء لإجراء القسمة .

وإذا وقع غبن لأحد الشركاء في القسمة الاتفاقية الثانية ، جاز له أيضا رفع دعوى نقض القسمة بالفبن .

وتسقط كائر للحكم تصرفات الشركاء في الأموال المقررة التي وقعت في نصيبهم نتيجة للقسمة ، وتعود هذه الأموال خالية من الحقوق التي ترتبت للغير طبقا للقواعد المقررة في شأن ابطال العقد في التصرفات الصادرة للغير .

أما أعمال الإدارة فتبقى محتفظة بأثرها حتى بمصد نقض القسمة ، وذلك وفقا للقواعد المقررة في هذا الشأن (٢٥) .

٧٠ - حق المدعى عليه في وقف السير في دعوى نقض القسمة :

نصت الفقرة الثانية من المادة ٨٤٥ مدني في شأن دعوى نقض القسمة على أن : (للمدعى عليه أن يقف سيرها ويمنع القسمة من جديد اذا أكمل للمدعى نقدا أو عينا ما نقص من حصته) .

فقد أجاز النص للمدعى عليه في دعوى نقض القسمة بالفبن أن

يردق سبر الدعوى ويمنع اجراء قسمة جديدة ، وذلك بأن يكمل حصة شريكه المقبون (المدعى) بما يكفل تحقيق المساواة التامة بين حصتي كل منهما ، فلا يكفى اذن لوقف السير فى الدعوى ان يمرض المدعى عليه ما يكمل حصة المدعى الى الحد الذى يزول معه الغبن المحظور بأن يكملها الى اربعة اخماس القيمة .

وتختلف القسمة فى ذلك عن دعوى الغبن عن طريق الاستغلال (م ١٢٩) (٢٦) ، ودعوى الغبن فى بيع عقار ناقص الاهلية (م ١/٤٢٥ مدني) (٢٧) .

وعلة هذه التفرقة أن القسمة تعنى التوزيع طبقا للحقوق الخاصة بالمتقاسمين والتي كانت لهم فى الشيوع السابق على القسمة ، فوجود هذه حقوق السابقة هو الذى يوجب احترامها عند القسمة ، فاذا لم تحترم هذه الحقوق فان هذا يخل بروح القسمة وهو المساواة (٢٨) ، أما العقود الأخرى كالبيع والمقايضة فهي تقوم على المعاوضة .

واكمال نصيب الشريك المقبون يكون اما عينا أو نقدا ، ويكون الاكمال عينا اذا أدى اليه جزءا من المال الشائع الذى وقع فى حصته يسايل قيمة النص فى حصه الشريك المقبون .

(٢٦) ففي هذه الدعوى يجوز للمتعاقد المقبون أن يطلب ابطال العقد ، وانقاص التزاماته ، وانقاص الالتزامات هنا ليس ضروريا ان يكون بحيث يرفع أى غبن عن المتعاقد المقبون ، بل يكفى أن يرفع عنه الغبن الفاحش . كما يجوز فى عقود المعاوضة كالبيع والمقايضة وغيرها ان يتوفى الطرف الآخر دعوى الابطال ، اذا عرض ما يراه القاضى كافيا لرفع الغبن ، ولا يشترط أن تكون الزيادة التى يمرضها المدعى عليه لنوقى دعوى الابطال بحيث تجعل الثمن معادلا لقيمة الشيء بل يكفى أن تكون بحيث تجعل الغبن الذى يتحملة البائع لا يصل الى حد الغبن الفاحش (السنهورى ص ١٢٠٢) . (٢٧) ذلك أن هذه الفقرة تنص على أنه : (اذا بيع عقار مملوك لشخص لا تتوافر فيه الاهلية وكان فى البيع غبن يزيد على الخمس فللبائع أن يطلب تكافة الثمن الى اربعة اخماس ثمن المثل) . (٢٨) توفيق قريج ص ١٨٣ .

ويكون الاكمال نقدا اذا أدى اليه مبلغا من النقود يساوى ما نقص في حصة الشريك المضمون .

والخيار للمدعى عليه وعمو المدين في اختيار الوفاء بأحدى الطريقتين عينا أو نقدا .

غير أنه اذا عرض المدعى عليه الاكمال بأحدى الطريقتين المذكورتين وقبل الشريك المضمون عرضه ، امتنع على المدعى عليه المدول عن الطريقة التي اختارها الى الطريقة الأخرى .

ويجب أن يضاف الى تكملة النقص في حصة الشريك المضمون ، ثمرات القدر الناقص أو فوائده من يوم القسمة حتى يوم الدفع (٢٩) .

واذا تعدد المدعى عليهم ، فعليهم الاتفاق على مبدأ اكمال حصة المدعى نقدا أو عينا . فاذا اتفقوا على ذلك واختلفوا على قيمة ما يخص كل منهم ، فصل القاضي في ذلك .

أما اذا لم ينعفوا على مبدأ الاكمال ذاته ، كان للشركاء الذين وافقوا عليه أداء ما يكمل نصيب المدعى . فاذا قاموا بذلك قضت المحكمة بوقف السير في الدعوى . غير أنه لا يجوز لهم الرجوع على من لم يوافق من الشركاء على مبدأ الاكمال بشئ (٣٠) .

وكما يجوز للمدعى عليه عرض التكملة ، فانه يجوز لدائنه التدخل في الدعوى وأن يمرض هذه التكملة نيابة عن مدينه (٣١) .

واكمال نصيب المدعى جائز في أية حالة تكون عليها الدعوى ، فيجوز ذلك أمام محكمة ثاني درجة ، بل بعد الحكم في الدعوى بحكم نهائي ، طالما

(٢٩) السنهوري ص ١٢٠٣ - أحمد سلامة ص ٣٨٢ .

(٣٠) السنهوري ص ١٢٠٤ .

(٣١) أحمد سلامة ص ٣٨٢ .

أن قسمة جديدة لم تتم ، ذلك أن المشرع جعل له الحق في تكملة النصيب
لا ليتف سير دعوى الغبن فقط ، بل وليمنع اجراء القسمة من جديد(٣٢) .
ولا محل للاعتراض على ذلك لأن ما يعرضه المدعى عليه وهو تكملة
حصة المدعى ، يؤدي الى نفس النتيجة المراد الوصول اليها بالقسمة الجديدة
مع تفادى الاجراءات . كما أن نص المادة ٨٤٥ مدني يؤدي الى التفسير
السابق فقد جرت على أن : (وللمدعى عليه أن يقف سيرها ويمنع القسمة
من جديد ... الخ) .

وفي حالة عرض نصيب المدعى بعد ضلوع حكم نهائي ، وتحمل المدعى
ثمة نفقات في سبيل اجراء قسمة جديدة يلتزم المدعى عليه باضافة هذه
النفقات الى قيمة ما يكمل نصيبه(٣٣) .

(٣٢) السنهوري ص ١٢٠٤ - عرفة ص ٤٥٣ .

(٣٣) في هذا المعنى السنهوري ص ١٢٠٤ .

موضوع رقم (٤) القسمة القضائية

٧١ - المقصود بالقسمة القضائية :

القسمة القضائية هي القسمة التي تجريها المحكمة بموجب حكم يصدر منها ، رغم معارضة بعض الشركاء في اجرائها ، بناء على دعوى ترفع من أحد الشركاء في المال الشائع تسمى دعوى (قسمة) .

٧٢ - متى يلجأ الشريك في المال الشائع الى القسمة القضائية ؟

تنص المادة ١/٨٣٦ مدني على أن : (اذا اختلف الشركاء في اقتسام المال الشائع ، فعل من يريد الخروج من الشيوع أن يكلف باقي الشركاء الحضور أمام المحكمة الجزئية) .

وتنص المادة ١/٤٠ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ باحكام الولاية على المال على أن : (على الوصي أن يستأذن المحكمة في قسمة مال القاصر بالتراضي ان كانت له مصلحة في ذلك فاذا اذنت المحكمة عينت الأسس التي تجري عليها القسمة والاجراءات الواجبة الاتباع . وعلى الوصي أن يعرض على المحكمة عقد القسمة للتنثبت من عدالتها . وللمحكمة في جميع الأحوال أن تقرر اتخاذ اجراءات القسمة القضائية) .

وتنص المادة ٧٩ من المرسوم بقانون صالف الذكر على أن : (يسرى في شأن قسمة مال الغائب والمهجور عليه ما يسرى بشأن مال القاصر من احكام) .

ويبين من هذه النصوص أن الشريك في المال الشائع^(١) يلجأ الى

(١) راجع في المقصود بالشريك في المال الشائع بند (١) .

القسمه القضائية فى حالتين :

الحالة الأولى :

إذا لم يتفق جميع الشركاء فى المال الشائع على إجراء قسمه اتفاقية ، سواء كانوا رافضين لمبدأ القسمه الاتفاقية ، أو كانوا متفقين على هذا المبدأ ، ولكن اختلفوا فى تحديد الأنصبه . فيكون للشريك الذى يريد الخروج من الشبوع رفع دعوى القسمه .

الحالة الثانية :

أن ينعقد اجماع الشركاء على القسمه الاتفاقية ، ولكن كان من بينهم من هو ناقص الأهلية (قاصر أو مجنون أو معتوه أو ذو غفلة أو سميح أو غائب) ، واستأذن الوصى أو القيم أو وكيل الغائب - بحسب الأحوال - المحكمه فى قسمه المال اتفاقا . فلم تاذن له ، أو أذنت له مبدئيا بالقسمه الاتفاقية ، ولكنها لم توافق على القسمه عند عرض مشروع العقد عليها لتثبت من عدالته ، وقررت اتخاذ إجراءات القسمه القضائية .
(راجع فى التفصيل بند ٣٠ وما بعده) .

الحصوم فى دعوى القسمه :

٧٣ - النص القانونى :

المادة ١/٨٣٦ مدنى :

(إذا اختلف الشركاء فى اقتسام المال الشائع ، فعلى من يريد الخروج من الشبوع أن يكلف باقى الشركاء الحضور أمام المحكمه الجزئية) .

٧٤ - رفع الدعوى من أحد الشركاء فى المال الشائع ضد باقى الشركاء :

ترفع دعوى القسمه من أحد الشركاء فى المال الشائع ، إذا لم يتفق جميع الشركاء على إجراء قسمه اتساقية ، ويجوز أن ترفع من أكثر من شريك ، أو حتى من جميع الشركاء عدا واحد ، إذا كان هو فقط الذى لم يوافق على القسمه الاتفاقية .

وترفع الدعوى من أحد الشركاء أو أكثر ولو كانت ملكيتهم لحصة فى المال الشائع طارئة ليست ملكية أصيلة منذ بدء الشئوع ، وهذا ما سنعرض له بالتفصيل .

وترفع الدعوى على باقى الشركاء فى المال الشائع ، أى الشركاء عدا المدعى .

٧٥ - الأجنبى المشتري لحصة شائعة من أحد الشركاء المشتاعين :

إذا باع أحد الشركاء حصته فى المال الشائع لأجنبى أى لشخص ليس من بين الشركاء المشتاعين فإن هذا الأجنبى يصبح شريكا فى المال الشائع بدلا من الشريك البائع له ، والذي يترتب على بيعه لحصته اخراجه من الشئوع^(٢) .

غير أنه إذا كان المال الشائع عقارا ، فإنه يشترط لاعتباره شريكا فى الشئوع ، أن يكون قد سجل عقد شرائه ، لأن الملكية لا تنتقل سواء بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير الا بالتسجيل .

فلا يكفى لاعتباره مالكا وبالتالي شريكا أن يكون قد رفع دعوى بصحة ونفاذ عقد شرائه وسجل صحيفة الدعوى .

وطالما أصبح المشتري شريكا فى الشئوع فإنه يجوز له رفع دعوى القسمة ، كما يجب على المدعى فى دعوى القسمة اختصاصه فى الدعوى ضمن باقى الشركاء .

وإذا تصرف الشريك فى حصته لأجنبى ، وقام الأخير بتسجيل عقد شرائه بعد رفع دعوى القسمة ، فإن البائع لا يعتبر ممثلا للمشتري فى دعوى القسمة ، ويتعين اختصاص المشتري فى الدعوى .

(٢) السنهورى ص ١٢٠٩ - عرفة ص ٤٣٠ .

غير أن المشتري الذي لم يسجل عقده ، يجوز له رفع دعوى القسمة باسم مدينه البائع عن طريق الدعوى غير المباشرة .

ولقد قضت محكمة النقض بأن :

١ - (للشريك على الشيوع في عدة عقارات أن يبيع حصة شائعة في بعض المقارات . وإذا سجل المشتري عقده انتقلت اليه حصة البائع في هذا البعض من المقارات شائعا ويصبح المشتري دون الشريك البائع حسو صاحب الشأن في القسمة التي تجرى بخصوص هذه الأعيان اتفاقا أو قضاء ، فإذا تجاهله شركاؤه وأجروا قسمة هذه الأطيان مع الشريك الذي باع نصيبه بمعد مسجل فلا يجوز الاحتجاج بهذه القسمة على المشتري الذي سجل عقده قبل تسجيل عقد القسمة . ولا يغير من ذلك أن يكون الشريك البائع قد باع أكثر من نصيبه في بعض المقارات المشتركة ذلك لأن البيع يعتبر صحيحا نافذا في القدر الذي يملكه البائع - والمشتري دون البائع - هو الذي يستطيع التحدث عن هذا القدر إذا ما أراد الشركاء قسمة المقارات المشتركة) .

« طعن رقم ١٥٤ لسنة ٢٢ ق - جلسة ١٩٥٥/١٠/٢٠ »

٢ - (أوجبت المادة الأولى من القانون رقم ١٨ لسنة ١٩٢٣ تسجيل جميع العقود التي من شأنها إنشاء حق ملكية أو أى حق عيني آخر أو نقله أو تغييره . ومؤدى ذلك أن حق الملكية لا ينتقل من البائع الى المشتري الا بالتسجيل والى أن يتم هذا التسجيل يبقى البائع مالكا للعقار ويكون بالتالى هو الخصم في كل دعوى تتعلق بعين العقار ، ولما كان الخصم فى دعوى القسمة هو الشريك المسالك عملا بالمادة ٤٥٢ مدنى قديم اتى تحكم هذا النزاع ، وكان يبين من الوقائع التى أثبتتها الحكم المطعون فيه أن دعوى القسمة رفعت من الطاعنين على المظنون عليه الثانى الذى كان مالكا الدناز والشريك الواجب اختصاصه ، وكان مجرد شراء المظنون عليه الأول لحصة المظنون عليه الثانى الارثية فى هذا العقار وقيامه بتسجيل صحبة دعوى

صحة التعاقد لا يترتب عليه نقل الملكية اذ الملكية لا تنتقل الا بتسجيل الحكم الصادر فى الدعوى ، فان الحكم المطعون فيه اذ خالف هذا النظر يكون قد اخطأ فى القانون بما يستوجب نقضه) .

« طعن رقم ٢٨٣ لسنة ٢٥ ق - جلسة ١٩٦٠/٤/٢١ »

٣ - (الاصل أن البائع لا يمثل المشتري فيما يقوم على العقار المبيع من نزاع بعد تسجيل عقد البيع وأن الحكم الصادر ضد البائع باعتباره مالكا للعين المبيعة لا يعتبر حجة على المشتري الذى سجل عقد شرائه قبل صدور هذا الحكم ولم يختصم فى الدعوى ، وأن للشريك على الشيوع أن يبيع حصته شائعة واذا سجل المشتري عقده انتقلت اليه حصة البائع شائعة ويصبح المشتري دون الشريك هو صاحب الشأن فى القسمة التى تجرى بخصوص هذه الاعيان اتفاقا أو قضاء ، فاذا تجاهله شركاؤه واجروا القسمة مع الشريك الذى باع نصيبه بمقد مسجل ، فلا يجوز الاحتجاج بهذه القسمة على المشتري الذى سجل عقده قبل تسجيل حكم القسمة) .

« طعن رقم ٧٩ لسنة ٤١ ق - جلسة ١٩٧٥/١٢/٢٤ »

٤ - (الغير فى حكم المادة العاشرة من قانون الشهر العقارى هو من تلقى حقا عينيا على العقار على أساس أنه ما زال مملوكا على الشيوع وقام بتسجيله ، قبل تسجيل سند القسمة ، فالمشتري لحصة شائعة من أحد الشركاء على الشيوع ، اذا سجل عقده قبل تسجيل عقد القسمة ، يعتبر من الغير وبالتالي لا يحتج عليه بهذه القسمة . ويكون هو دون البائع له صاحب الشأن فى انقسمة التى تجرى بخصوص هذا العقار ، وله أن يطلب اجراء قسمة جديدة ، اذا لم يرتض القسمة التى تمت دون أن يكون طرفا فيها) .

« طعن رقم ١١٥٧ لسنة ٤٧ ق - جلسة ١٩٨١/٤/٢٨ »

٥ - (من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن الشريك فى ملك شئان

الذى يتصرف بالبيع فى حصته الشائعة بعد رفع دعوى القسمة لا يعتبر
مثلا للمشتري منه متى سجل هذا الأخير عقد شرائه وانتقلت اليه بذلك
ملكية الحصة المبيعة قبل انتهاء اجراءات القسمة) .

« طعن رقم ١٩٢٠ لسنة ٥٠ ق - جلسة ١٩٨٢/١/٢٤ »

وإذا تصرف الشريك فى حصته الشائعة لأجنبى ، وقام الأخير بتسجيل
نقد شرائه بعد رفع دعوى القسمة ، فإن البائع لا يعتبر مثلاً للمشتري فى
دعوى القسمة ، ويتعين اختصاص المشتري فى الدعوى .

٧٦ - الأجنبى المشتري حصة مفرزة من أحد الشركاء المتساعين :

إذا باع أحد الشركاء فى المال الشائع حصة مفرزة فى العقار الشائع
الى أجنبى عن الشيوع ، فإنه لا يترتب على ذلك أن يصبح المشتري شريكا
فى الشيوع بدلا من الشريك البائع ، لأن هذا البيع لا ينفذ فى حق
الشركاء ، فالمشتري لا يعتبر مالكا الا تحت شرط واقف ، هو حصول
القسمة ووقوع الحصة المبيعة فى نصيب البائع .

ومن ثم فإنه لا يجوز للمشتري رفع دعوى القسمة ، كما لا يلزم
اختصاصه فيها(٤) .

(٣) السنهوري ص ١٢٠٩ - الصدة ص ٢٢٥ - أحمد سلامة ص
٢٨٤ - وقارن محمد على عرفة ص ٤٣٠ اذ يقول : (لا نرى مسموحاً
قانونياً لحرمان هذا المشتري من رفع دعوى القسمة اذا سجل عقده قبل
رفعها فعلا ، وذلك لأن له مصلحة جديدة فى رفع هذه الدعوى حتى يطمئن
الى نتيجة عقده ، ولا يظل مضطراً للتصرف الصادر اليه معلقاً بأيدي باقى
الشركاء دون أن يكون فى وسعه وضع حد لحالة القلق الناشئة عن طبيعة
مثل هذا التصرف ، لا سيما أنه لا يستطيع المطالبة ببطلانه اذا اشترى وهو
عالم بحالة الشيوع) .

والقول بخلاف ذلك يؤدى الى موقف غريب جداً ، اذ يكون للشريك
الذى تصرف فعلا فى قدر مماثل لحصته وقبض الثمن حق طلب القسمة مع
انعدام مصلحته فى طلبها ، بينما يمتنع ذلك على صاحب المصلحة الفعلية ،
وهو المشتري الذى دفع الثمن فى مقابل تملك حصة هذا الشريك !! وظاهر
ما فى هذا الوضع من مخالفة ظاهرة للمنطق وروح القانون) .

غير أنه يجوز له تطبيقاً للسادة ١/٨٤٢ مدني بوصفه دائئاً لأحد الشركاء أن يعارض في أن تتم القسمة بغير فصله ، ويترتب على صسذه المعارضة الزام الشركاء بإدخاله في جميع الإجراءات ، ويجب على كل حال ادخاله أن كان قد توصل الى تسجيل البيع الصادر له - اذا كان عقاراً - قبل رفع دعوى التهمة ، والا كانت القسمة غير نافذة في حقه(٤) .

كما يجوز له باعتباره دائئاً للبائع أن يرفع دعوى القسمة باسم مدينه عن طريق الدعوى غير المباشرة (م ٢٣٥ مدني) .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

١ - (من المقرر - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أنه اذا كان البيع منصبا على جزء مفرز من العقار الشائع وكان سابقا على اجراء القسمة بين الشركاء ، فان المشتري في هذه الحالة لا يعتبر بالتطبيق للفقرة الثانية من المادة ٨٢٦ من القانون المدني - حتى ولو سجل عقده قبل تسجيل القسمة - شريكا في العقار الشائع ولا يكون له أى حق من حقوق الشركاء وبالتالي لا يلزم تمثيله في القسمة ، ومتى تمت هذه القسمة بين الشركاء ، فانها تكون حجة عليه ولو لم يكن طرفا فيها ، ويترتب عليها في حقه ما يترتب عليها في حق المتقاسمين من انتهاء حانة الشيوع واعتبار كل متقاسم مالكا للجزء المفرز الذي وقع في نصيبه ويتحدد بهذه القسمة مصير التصرف الصادر اليه ، فاذا وقع القدر المبيسح المفرز في نصيب الشريك البائع خلص له هذا القدر ، وإن لم يقع انتقل حقه من وقت التصرف الى الجزء الذي آل الى البائع بطريق القسمة) .

« ملعن رقم ١٤٠٩ لسنة ٤٩ ق - جلسة ١٩٨١/١/٢٠ »

٢ - (١) - (النص في الفقرة الثانية من المادة ٨٢٦ من القانون المدني على أنه اذا كان التصرف منصب على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف انتقل حق المتصرف اليه من وقت التصرف الى الجزء الذي آل الى المتصرف بطريق القسمة يدل على أن

بيع الشريك المشتاع لجزء مفرز من العقار الشائع قبل اجراء القسمة بين الشركاء لا يجوز للمشتري طلب تثبيت ملكيته لما اشتراه مفرزا قبل اجراء القسمة ووقوع المبيع في نصيب البائع له ولو كان عقده مسجلا .

(ب) - (بيع الشريك في المقسار الشائع قدرا مفرزا قبل اجراء القسمة بين الشركاء لا يجعل المشتري - بالتطبيق، للفقرة الثانية من المادة ٨٢٦ من القانون المدني - شريكا في العقار الشائع ولا يكون له اى حق من حقوق الشركاء ولا يلزم تمثيله في القسمة حتى لو سجل عقده قبل القسمة) .

« طعن رقم ٢١٢٣ لسنة ٥١ ق - جلسة ١٩٨٤/١١/٢٥ » (٤)

(٤) قارن عكس ذلك :

١ - (جرى قضاء هذه المحكمة على أن للشريك على الشيوع في التركة أن يبيع حصة محددة ، ولا يستطيع أحد الشركاء الاعتراض على هذا البيع والادعاء بأنه يستحق المبيع ما دام أن التركة لم تقسم قسمة افراز) .
« طعن رقم ١١١ لسنة ٢٢ ق - جلسة ١٩٥٥/٦/٣٠ »

٢ - (ليس ثمة ما يمنع البائع وإن كان مالكا على الشيوع أن يبيع ملكه محمدا مفرزا وأن حالة التحديد هذه وإن ظلت موقوفة أو معلقة على نتيجة القسمة أو اجازة الشريك على الشيوع الا أن هذا كله لا يبطل عقد البيع . وبسجيل المشتري لعقده تنتقل الملكية اليه ويصبح شريكا لباقي الشركاء تجب مخاصمته في دعوى القسمة ان لم يجز هؤلاء الباقون من الشركاء عقده . وعلى ذلك فانه ليس للمشتحق - سواء اكان شريكا على الشيوع أو متلقيا ملكه من شريك على الشيوع - أن يدعى الاستحقاق في المبيع الا بعد القسمة ووقوع المبيع في نصيبه هو لا في نصيب البائع لذلك المشتري . وهذا الذي استقر عليه قضاء هذه المحكمة في ظل القانون المدني القديم هو ما أخذ به القانون المدني الحالي في المادة ٨٢٦ منه) .

« طعن رقم ٣٦١ لسنة ٢٢ ق - جلسة ١٩٥٦/٦/٢٨ »

(راجع أيضا ذات المبدأ : نقض ١٩٣٢/٦/١٦ مجموعة عمر ج ١
رقم ٥٨ ص ١٢١ - ١٩٤٠/٥/٣ مجموعة عمر ج ٣ رقم ٥٤ ص ١٨٩) .

٧٧ - المالك حصّة في الشيوع تحت شرط فاسخ أو واقف :

يجوز رفع دعوى القسمة من الشريك الذى يملك حصصته فى المال الشائع تحت شرط فاسخ . ، وإذا رفع دعوى القسمة غيره من الشركاء وجب عليهم اختصاصه فى الدعوى •

أما الشريك الذى يملك حصته تحت شرط واقف فانه لا يجوز له رفع دعوى القسمة ، لأنه لا يملك سوى اتخاذ الاجراءات التحفظية ، والقسمة لا تعد من الاجراءات التحفظية •

أما اذا رفعت دعوى القسمة من غيره من الشركاء ، ولو من الشريك البدي يملك حصّة تحت شرط فاسخ فانه يجب اختصاصه فى الدعوى (٥) •

٧٨ - جواز ادخال من لم يختصم من الشركاء فى المال الشائع قبل الفصل فى دعوى القسمة :

إذا لم يختصم المدعى فى دعوى القسمة جميع الشركاء فى المال الشائع - بالتفصيل السابق - فله تدارك ذلك وأن يطلب ادخال من لم توجه اليه الدعوى من الشركاء •

كما يجوز هذا الادخال بناء على طلب المدعى عليهم (مادة ١١٧ مرافعات) •

ويجوز أيضا للمحكمة ادخالهم فى الدعوى من تلقاء نفسها (م ١١٨ مرافعات) •

ويجوز للشريك الذى لم توجه اليه دعوى القسمة أن يطلب التدخل فيها .

٧٩ - جزاء عدم اختصاص بعض الشركاء فى المال الشائع فى دعوى القسمة:

إذا لم يتم اختصاص بعض الشركاء فى المال الشائع - بالتفصيل السابق - فإن المحكم الصادر فى الدعوى لا يكون حجة على من لم يتم اختصاصه (٦) .

ولكن لا يجوز للشركاء الذين وجهت اليهم الدعوى التحدى بأن الدعوى لم توجه الى كافة الشركاء بطلب الحكم بعدم قبولها ، لأن البطلان المترتب على عدم تمثيل بعض الشركاء فى اجراءات دعوى القسمة هو بطلان نسبي لا يجوز التمسك به الا للشريك الذى لم يختصم وله طلب عدم نفاذ الحكم الصادر بالقسمة فى حقه (٧) .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١ - (جرى قضاء محكمة النقض بأن البطلان المترتب على عدم تمثيل بعض الشركاء فى اجراءات دعوى الفرز والتجنيب هو بطلان نسبي لا يحق التمسك به الا للشريك الذى لم يكن طرفا فيها) .

« طعن رقم ٢٢٠ لسنة ٢٢ ق - جلسة ١٩٥٥/١١/٢٤ »

٢ - (وفقا للمادة ٨٤٣ من القانون المدنى يترتب على صدور حكم بالقسمة أن يعتبر المتقاسم مالكا للحصة التى آلت اليه منذ أن تملك فى

(٦) السنهورى ص ١٢٠٩ - الصلدة ص ٢٢٥ - اسماعيل غانم ص ١٨٥ - جميل الشراوى ص ١٥٦ - أحمد سلامة ص ٢٨٤ وما بعدها .

(٧) السنهورى ص ١٢٠٩ - اسماعيل غانم ص ١٨٥ .

الشيوع وأنه لم يملك غيرها شيئا في بقية الحصص وإن ما يقتضى به حكم القسمة ملزم لكافة الشركاء المتقاسمين الذين كانوا طرفا في دعوى القسمة بما حده من نصيب لكل منهم) .

« طعن رقم ٣٧٦ لسنة ٤٣ ق - جلسة ١٩٨٣/٤/٢٦ »

ولما كانت اجراءات بيع العقار لعدم امكان قسمته عينا جزءا من اجراءات دعوى القسمة فانه يجب اختصام جميع الشركاء فيها .

وفي هذا قضت محكمة النقض بان :

(انه وإن كان قانون المرافعات القديم قد نص في المادة ٦٢٦ على انه اذا لم تكن قسمة العقار بغير ضرر يباع على حسب القواعد المقررة لبيع العقار اختيارا ، وكانت المادة ٦٢٠ مرافعات قديم تجيز لكل صاحب عقار أن يبيعه بالمحكمة « بالأوجه المعتادة » بمقتضى شروط وروابط للبيع تودع مقدما قلم كتاب المحكمة ، الا أن هذا لا يعنى اغفال طبيعة اجراءات بيع العقار لعدم امكان قسمته عينا ، وأنها جزء من اجراءات دعوى القسمة التي يجب أن يكون جميع الشركاء اطرافا فيها ، فاذا حدد قاضي البيوع بناء على طلب الطالب البيع من الشركاء يوما للبيع وجب أن يعلن به جميع الشركاء بالطريق الذي يعلن به أى حصص فى أية دعوى ، ولا يكفى امكان علمهم بما ينشر أو يلقى من اعلانات ، اذ هم أطراف الدعوى الذين يجب أن تتم الاجراءات جميعا فى مواجهتهم ، والا كان حكم رسو المزاد غير صالح لأن يحتاج به من لم يعلن من الشركاء وعدم اعلان الشريك هو اغفال لاجراء جوهرى يعتبر أصلا من الأصول العامة فى التقاضى ، فضلا عن أنه قد يحول دون ممارسة الشريك لحقوق مقررة له قانونا كحق دخوله المزاد مشتريا ، أو حق طلب زيادة المشر أو اجراء البيع فى مكان اخر غير المحكمة ويترتب على ذلك أن اغفال اعلان الشريك باليوم الذى يحدد للبيع سواء لأول مرة

بعد الحكم بالبيع أو بعد شطب الدعوى موجب لبطلان الاجراءات التالية
ومننا حكم رسم المزاد بما ترتب عليه - واذن فالحكم الذى يبنى على أن القانون
لا يوجب اعلان الشريك باليوم الذى يحدده قاضى البيوع لاجراء البيع لعدم
امكان القسمة يكون مخطئا فى تطبيق القانون) .

« طعن رقم ١١٢ لسنة ١٩ ق - جلسة ١٩٥١/١١/٢٩ »

المحكمة المختصة بنظر دعوى القسمة

٨٠ - النصوص القانونية :

مادة ١/٨٣٦ مدنى :

(اذا اختلف الشركاء فى اقتسام المال الشائع ، فعلى من يريد الخروج من الشيوع أن يكلف باقى الشركاء الحضور أمام المحكمة الجزئية) .

مادة ٨٣٨ مدنى :

(تفصل المحكمة الجزئية فى المنازعات التى تتعلق بتكوين الحصص وفى كل المنازعات الأخرى التى تدخل فى اختصاصها .

فإذا قامت منازعات لا تدخل فى اختصاص تلك المحكمة كان عليها أن تحيل الخصوم الى المحكمة الابتدائية ... الخ) .

مادة ٤٣ مرافعات (مدلة بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢) :

(تختص محكمة المواد الجزئية كذلك بالحكم الابتدائى مهما تكن قيمة الدعوى وانتهائيا اذا لم تتجاوز قيمتها خمسمائة جنيه فيما يلى :

١ - الدعاوى المتعلقة بالانتفاع بالمياه وتطهير الترع والمساقى والمصارف .

٢ - دعاوى تعيين الحدود وتقدير المسافات فيما يتعلق بالمباني والأراضي والمنشآت الضارة اذا لم تكن الملكية أو الحق محل نزاع .

٣ - دعاوى قسمة المال الشائع) .

٨١ - المحكمة المختصة نوعيا بنظر الدعوى :

تختص المحكمة الجزئية نوعيا بالفصل فى دعاوى قسمة المال الشائع أيا كانت قيمة المال ، أى ولو تجاوزت قيمته نصاب المحكمة الجزئية وهو

خمسة آلاف جنيه ، وكانت الدعوى تداخل بحسب الأصل في اختصاص المحكمة الابتدائية .

وهذا اختصاص نوعي استثنائي للمحكمة الجزئية نصت عليه المادتان.
١/٨٣٦ ، ٨٣٨ مدني والمادة ٤٣ مرافعات .

وجعل الشارع الاختصاص للمحكمة الجزئية في دعاوى قسمة المال الشائع ولو زادت قيمة المال الشائع على نصيبها المحدد في قانون المرافعات ، تأسيساً على أن اختصاصها - كما سنرى - لا يتناول إلا إجراءات القسمة ، وإجراءات القسمة لا تختلف بحسب قيمة المال المراد قسمته ، ورغبة في التسهيل بالإجراءات وحتى لا يطول أمد نظر الدعوى أمام المحكمة .

والذي نختص به المحكمة الجزئية يقتصر على المسائل التي تدخل في إجراءات القسمة التي تتعلق بتكوين الحصص وإعطاء كل سرك نصيبه . ويلحق بالنازعات التي تتعلق بتكوين الحصص المنازعات المتعلقة بتجنيب أنصبة الشركاء فقد يدعى أحد الشركاء أن النصيب المقرز الذي جنبه له الحبر أقل مما يستحق أو أن هناك طريقة أفضل لتجنيب الأنصبة (٨) .

وكذلك تقدير إجراء القسمة العينية بمعدل أو بغير معدل ، أو تعذر القسمة العينية فنجري القسمة بطريق التصفية ، وذلك ببيع المال الشائع بالزاد وقسمته بين الشركاء (٩) .

أما ما قد ينور أثناء نظر دعوى القسمة من منازعات أخرى ، كالمنازعة حول أصل ملكية أحد الحصص ، أو في مقدار الحصة الشائعة لأحد المتقاسمين ، أو المنازعة المتعلقة بتصرف أحد الشركاء في حصته وحلول

(٨) محمد علي عمران ص ٣٢٧ .

(٩) السنيوري ص ١٢١٢ - منصور مصطفى منصور ص ١٩٠ - عبد المنعم الصدة ص ٢٢٦ - أحمد سلامة ص ٣٨٥ وما بعدها .

المتصرف اليه مكانه في دعوى القسمة ، فانها لا تدخل في معنى اجراءات القسمة ولا تختص بها المحكمة الجزئية الا اذا كانت في حدود النصاب المادى للقاضى الجزئى فان تجاوزت هذا النصاب تعين على المحكمة بعد التحقق من جدية المنازعة ان توقف دعوى القسمة وأن تحيل الخصوم الى المحكمة الابتدائية وأن تعين لهم الجلسة التى يحضرون فيها ، ويستمر وقف دعوى القسمة الى أن يفصل نهائيا فى تلك المنازعات ، غنصود المحكمة الجزئية الى السير فى الدعوى لاتمام القسمة (١٠) .

ويلاحظ أن الدعوى تكون مرفوعة أمام المحكمة الابتدائية ومتصلة بها قانونا بالاحالة الصادرة من المحكمة الجزئية دون حاجة الى أن يسلك الخصوم الطريق المادى لرفع الدعاوى المنصوص عليه فى المادة ٦٣ من قانون المرافعات ، وذلك استثناء من حكم هذه المادة .

والأحكام السابقة نصت عليها المادة ٨٢٨ مدنى التى تجرى على أن .
(تفصل المحكمة الجزئية فى المنازعات التى تتعلق بتكوين الحصص وفى أن المنازعات الأخرى التى تدخل فى اختصاصها .

فاذا قامت منازعات لا تدخل فى اختصاص تلك المحكمة كان عليها أن تحيل الخصوم الى المحكمة الابتدائية وأن تعين لهم الجلسة التى يحضرون فيها ، وتقف دعوى القسمة الى أن يفصل نهائيا فى تلك المنازعات) .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١ - (مفاد نص المادة ٨٢٨ من القانون المدنى أن اختصاص محكمة المواد الجزئية الاستثنائى فى دعاوى القسمة قاصر على المنازعات المتعلقة بتكوين الحصص ، أما غير ذلك من المنازعات الأخرى فلا تختص به الا اذا كان

(١٠) السنهورى ص ١٢١٢ - جميل الشراوى ص ١٥٥ وما بعدها -
عبد المنعم الصلحة ص ٢٢٦ - أحمد سلامة ص ٣٨٦ وما بعدها - اسماعيل
غانم ص ١٨٩ .

يدخل في اختصاصها النادى - ومتى كان النزاع الذى اثير فى الدعوى امام محكمة الموضوع يدور حول طبيعة الشيوع فى « السلم المشترك » وما اذا كان هذا الشيوع عاذيا أم اجباريا وحول تحديد نطاق النصلح المقود بين الطرفين بشأن هذا « السلم » فهو بهذه المثابة نزاع لا يتعلق بتكوين الحصص ويخرج بحسب قيمته من اختصاص قاضى المواد الجزئية نوعيا اذا كانت قيمة السلم المتنازع عليه - كما قدرها الحير المنتدب فى دعوى القسمة وباتفاق الطرفين - تجاوز نصاب تلك المحكمة مما كان يتعين معه أن تحيل هذا النزاع الى المحكمة الابتدائية للفصل فيه عملا بالفقرة الثانية من المادة ٨٢٨ من القانون المدنى واذا هى لم تفصل فانها تكون قد تجاوزت اختصاصها وخالفت القانون) *

« طعن رقم ٢٩٧ لسنة ٣٦ ق - جلسة ١٩٦٢/١/٢٥ »

٢ - (النص فى المادة ٨٢٨ من القانون المدنى يدل على أن المشرع جعل الاختصاص بطر دعوى القسمة للمحكمة الجزئية ايا كانت قيمة الأموال الشائئة التى يراد قسمتها فاذا اثبتت منازعات لا تتعلق باجراءات قسمة انما بأصل ملكية الشريك أو بمقدار حصته الشائئة ، فان الفصل فيها يكون للمحكمة المختصة وفقا للقواعد العامة ، فاذا كانت من اختصاص المحكمة الجزئية تولت هذه المحكمة الفصل فيها ، واذا تجاوزت المنازعة اختصاص المحكمة المذكورة فعليها أن تحيل الخصوم الى المحكمة الابتدائية المختصة ، وان تحدد لهم الجلسة التى يحضرون فيها وتوقف دعوى القسمة الى ان يفصل نهائيا فى تلك المنازعات) *

« طعن رقم ٥٦٥ لسنة ٤٢ ق - جلسة ١٩٧٦/٦/١٥ »

٣ - (دعوى قسمة المال الشائع تخصيصه أو بيعه اختصاص المحكمة الجزئية بنظرها المواد ٤٣/٣ ، ٤٦٤ ، ٤٦٥ ، ٨٣٦ مدنى) *

« طعن رقم ٧١٩ لسنة ٥٢ ق - جلسة ١٩٨٨/٤/١٧ »

٤ - (النص فى الفقرة الأولى من المادة ٨٣٦ من القانون المدنى والنص

في المادة ٨٢٨ من هذا القانون يدل على أن الشارع ناط بحكمة المواد الجزئية اختصاصا استثنائيا بنظر دعوى قسمة المال الشائع أيا كانت قيمتها ويمتد اختصاصها الى المنازعات المتعلقة بتكوين الحصص أما غير ذلك من المنازعات الأخرى فلا تختص به الا اذا كان يدخل في اختصاصها العادي . فإذا ما أثبت في دعوى القسمة منازعة لا تتعلق بتكوين الحصص وتخرج عن الاختصاص العادي للمحكمة الجزئية وجب عليها ان رأت جديتها أن توقف دعوى القسمة حين الفصل نهائيا في هذه المنازعة ، وهي لا تكتفي في ذلك بإصدار حكم بالوقف بل ينبغي أن يكون الحكم مقرونا بإحالة المنازعة الى المحكمة الابتدائية المختصة بنظرهما وأن تعين للخصوم الجلسة التي يحضرون فيها مما يستتبع أن تكون الدعوى بتلك المنازعة قد رفعت أمام المحكمة الابتدائية واتصلت بها قانونا بقتضى هذه الاحالة دون حاجة لأن يسلك الخصوم الطريق العادي لرفع الدعاوى المنصوص عليه في المادة ٦٣ من قانون المرافعات اذ قد استثنت هذه المادة بصريح نصها من اتباع هذا الطريق ما ينص عليه القانون من سبيل آخر لرفع الدعاوى ، لما كان ذلك ، وكان الثابت من الأوراق أن المنازعة التي أثبت في دعوى القسمة على ملكية العقار قد أحيلت الى محكمة قنا الابتدائية للفصل فيها اعمالا لحكم المادة ٨٢٨ من القانون فان الدعوى بهذه المثابة تكون قد رفعت واتصلت بها تلك المحكمة على نحو يتفق وصحح القانون) .

« طعن رقم ٧٤ لسنة ٥٧ ق - جلسة ١٩٩٠/٢/٢٥ »

٨٢ - المحكمة المختصة محليا بنظر الدعوى :

يجب التفرقة في بيان المحكمة المختصة محليا بنظر دعوى القسمة بين ما اذا كان المال الشائع محل القسمة عقارا أو منقولا .

فإذا كان المال الشائع عقارا ، كانت المحكمة المختصة هي التي يقع في دائرتها العقار أو أحد أجزائه اذا كان واقعا في دوائر محاكم متعددة (١١) .

(١١) كانت الفقرة الأولى من المادة ١٢٠٤ من المشروع التمهيدي =

وليس من اللازم فى تحديد المحكمة المختصة اذا كان المقار مجزاً أن تكون
هى المحكمة التى يقع فى دائرتها أكبر الأجزاء قيمة ، لأن النص لا يضع
هذا الشرط (١٢) .

أما اذا كان المال الشائع منقولاً ، كانت المحكمة المختصة ، هى
المحكمة التى يقع فى دائرتها موطن المدعى عليه أو أحسد المدعى عليهم اذا
تمددوا .

= (التي أصبحت المادة ٨٣٦ مدنى) تنص على أن: (أما اذا اختلف الشركاء ،
فعلى من يريد الخروج من الشروع أن يكلف باقى الشركاء بالمضسور أمام
المحكمة الجزئية التى تقع فى دائرتها المقارات أو أكبرها قيمة وان كان المراد
قسمته منقولاً فأمام المحكمة الجزئية التى يقع فى دائرتها موطن أحد المدعى
عليهم) - الا أن لجنة المراجعة حذفت الشق الأخير من الفقرة المتعلق
بالاختصاص المحلى (مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٦ ص ١٠٦ وما
بعدها) .

(١٢) الدكتور جميل الشرقاوى قواعد اختصاص المحاكم المدنية
١٩٥٥/١٩٥٦ ص ١١٤ .

كيفية اجراء المحكمة للقسمة أولا : القسمة العينية

٨٣ - تمهيد :

أوضحنا فيما سلف أن القسمة العينية هي التي تؤدي الى أن يختص الشريك بجزء من المال الشائع ، وذلك اما عن طريق تكوين الحصص على أساس أصغر نصيب واجراء القرعة أو بطريق التجنيب بأن يعين لكل شريك جزء مفرد يعادل حصته اذا تعذر الأمر الأول .
والقسمة العينية هي الأصل الذي يجب أن يتجه التفكير اليه أولا .

وبين من مجموع النصوص التي تحدث فيها الشارع عن القسمة العينية أنها تمر بمراحل اربع نتناولها فيما يأتي :

المرحلة الأولى

قسمة المال الشائع الى حصص أو التجنيب

٨٤ - النصوص القانونية :

مادة ٢/٨٣٦ مدني :

(وتنب المحكمة ان رأت وجها لذلك ، خيرا أو أكثر لتقويم المال الشائع وقسمته حصصا ان كان المال يقبل القسمة عينا دون أن يلحقه نقص كبير في قيمته) .

مادة ٨٣٧ مدني :

(يكون الحيز الحصص على اساس أصغر نصيب حتى لو كانت القسمة

جزئية ، فان تعذرت القسمة على هذا الأساس جاز للخبير أن يجنب لكل شريك حصته .

وإذا تعذر أن يختص أحد الشركاء بكامل نصيبه عينا ، عوض بمعدل عما نقص من نصيبه) .

٨٥ - اجراء القسمة :

تبدأ المحكمة عند نظر دعوى القسمة ، بنصب خبير أو أكثر ان رأت وجها لذلك لاجراء القسمة . فقد يرى القاضى أن تكوين المحصل لا ينير صوبوات خاصة فيقوم بتولى هذه العملية بنفسه ، الا أن العمل بالمحاكم جرى على نصب خبير لاجراء القسمة .

وتكون مهمة الخبير بيان ما اذا كان المال الشائع المراد قسمته ، يمكن قسمته عينا دون نقص كبير يلحق المال الشائع فى قيمته ، أم انه لا يمكن ذلك .

فإذا كانت قسمة المال عينا دون نقص كبير فى قيمته غير ممكنة ، فان المحكمة تلجأ الى طريق قسمة التصفية بالتفصيل الذى سنذكره .

أما اذا كانت قسمة المال الشائع عينا ممكنة دون نقص كبير يلحق المال فى قيمته ، فان الخبير يسير فى اجراءات القسمة ، فيقسم المال الشائع حصصا مفرزة على أساس أصغر نصيب ان كان ذلك ممكنا ، فتكون بذلك حصصا متساوية ويستوى فى ذلك أن تكون القسمة كلية تشمل كل المال الشائع وجميع الشركاء ، او جزئية من حيث المال او من حيث الشركاء ، بان يكون المراد قسمته أحد الاموال الشائعة فيقسم هذا المال عن طريق تكوين المحصل على أساس أصغر نصيب وتترك بقية الاموال شائعة ، او بان يكون من طلب القسمة هم بعض الشركاء فيفرز الخبير نصيبهم ثم يقسمه حصصا على أساس أصغر نصيب أيضا .

وعلى ذلك لو افترضنا أن الشركاء ثلاثة وكان لشريك خمس المال

وللشريكين الآخرين الباقي بالتساوي ، كونت الحصص على أساس الخمس
لأنه أصغر نصيب . وإذا كانت أنصبة الشركاء نصف وثلث وسدس قسم
المال أسداسا . فإذا كانت أنصبتهم هي الثلثان والربع وجزء من اثني عشر
فيقسم المال الى اثني عشر جزءا وهكذا (١٣) .

ولقد جاء بمذكرة التروع التمهيلي ما يأتي :

(فإذا أمكن قسمة المال عينا دون أن تلحقه نقص محسوس وعين خبير
لتكوين الحصص ، كونها على أساس أصغر نصيب حتى لو كانت القسمة
جزئية بأن كان بعض الشركاء هم الذين يريدون التخلص من الشيوع دون
الآخرين . . . أما إذا أمكن تكوين الحصص على أساس أصغر نصيب مثل
ذلك أن تكون أنصبة الشركاء هي النصف والثلث والسدس فيقسم المال
أسداسا ، أو تكون أنصبتهم هي الثلثان والربع وجزء من اثني عشر فيقسم
المال الى اثني عشر جزءا وهكذا) (١٤) .

أما إذا تعذرت قسمة المال الشائع الى حصص متساوية ، ولا يقع
بتعذر القسمة أن تكون مستحيلة وإنما يمكن أن يتحقق هذا التعذر في غير
حالة الاستحالة ، كان يكون من شأن تقسيم المال الى حصص صغيرة أن
تفقد قيمتها . أو يقتضي إجراءات معقدة لا تبررها المصلحة المقصودة .
أو أن توقع في نصيب الشريك أجزاء متناثرة يصعب استغلالها (١٥) .

في هذه الحالة يتولى الخبير قسمة المال الشائع الى أجزاء مفرزة . كل
منها يمثل حصة أحد الشركاء أي اجزاء القسمة على أساس افراز جزء لكل
شريك وفقا لحصته وهذا ما يسمى بالقسمة بطريق التجنيب ولا يلزم في

(١٣) توفيق فرج ص ١٨٥ .

(١٤) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٦ ص ١٢٩ وما بعدها .

(١٥) السنهوري ص ١٢٢٢ وما بعدها - أحمد سلامة ص ٣٩١ -

اسماعيل غانم ص ١٨٩ .

هذه الحالة اتفاق جميع الشركاء بل يكفي أن ترى المحكمة تعذر قسمة المال الى حصص متساوية ، وهذا على خلاف ما كان مقررا في القانون المدني القديم حيث كان يجب اتفاق الشركاء جميعا على اجراء القسمة بطريق التجنيب عند تعذر اجرائها بطريق الاقتراع والا بيع المال الشائع لعدم امكان قسمته .

وفي هذا قضت المحكمة النقض بأن :

(كانت نصوص القانون المدني القديم تقضي بأن القسمة بين الشركاء يجب أن تجرى أصلا بطريق القرعة الا اذا وافق الشركاء على اجرائها بطريق التجنيب ، فان تعذر الامر ان - اجراء القسمة على أصغر نصيب تمهيدا للقرعة واتفاق الشركاء على القسمة بالتجنيب ، وجب بيع العقار لعدم امكان قسمته - ولكن هذه النصوص وان اتفقت مع نص الفقرة الأولى من المادة ٨٣٧ من القانون المدني الحالي في أن القرعة هي الأساس وأنه يجوز اجراء القسمة بطريق التجنيب اذا اتفق على ذلك الشركاء الا أن النصوص تختلف في حالة تعذر القسمة على أصغر نصيب تمهيدا لاجراء القرعة فالقانون القديم ما كان يبيح التجنيب بغير رضا الشركاء بينما يبيح القانون الحالي ذلك) .

« طعن رقم ٣٨٥ لسنة ٢٢ ق - جلسة ١٩٥٦/٥/٣١ »

وفي حالتها القسمة على أساس الحصص أو بطريق التجنيب ، قد يحدث ألا يتمكن الخبير من جعل الحصص أو الأجزاء المفرزة متساوية تماما ، حينئذ يساوى بين الحصص أو الأجزاء عن طريق ما يسمى (بالمعدل) ، وهو عبارة عن مبلغ من النقود يلتزم بدفعه من وقع في نصيبه - بطريق القرعة كما سنرى - الحصة الكبرى أو من آل اليه الجزء الأكبر قيمة ، والدائن بهذا المعدل هو الشريك الذي وقعت في نصيبه الحصة الأصغر أو من آل اليه الجزء الأقل قيمة ، وذلك تمويضا له عن النقص في نصيبه .

وعلى هذا نصت المادة ٨٣٧/٢ مدني اذ جرت على أن : (اذا تعذر أن يختص أحد الشركاء بكامل نصيبه عينا ، عوض بمعدل عما نقص في نصيبه) .

وبالبداهة فإنه لكي يتحدد مقدار المعدل فإنه يلزم أن يسبقه تحديد قيمة ما آل الى كل شريك . والعبرة في تحديد هذه القيمة هي بوقت اجراء القسمة ، اذ في هذا الوقت يصبح كل شريك مالكا ملكية مفرزة لما آل اليه ، ومن ثم فلا عبرة بقيمة الحصّة عند بدء الشروع ، ولا عند رفع دعوى القسمة ، وهذا الحل هو الذى أخذ به الشارع المصرى فى تقدير الفبن عند طلب تقضى القسمة الاتفاقية للفبن كما رأينا(١٦) .

وقد جاء بالتشروع التمهينى انه :

(فإذا لم يتيسر للخبر تكوين الحصص على اساس اصغر نصيب جاز له أن يقسم بطريق التجنيب ، وذلك بأن يمن لكل شريك جزءا مفرزا من المال الشائع يتبادل مع حصته ، وإذا اقتضى الأمر معدلا يكمل نصيب بعض الشركاء . حدد هذا المعدل) (١٧) .

وظاهر من عبارة نص المادة ٢/٨٢٧ مدنى سالفة الذكر ان هذا الحكم استثناء فلا يجوز الالتجاء الى هذه الطريقة الا عند الاقتضاء وبالنسبة لجوز للشريك الذى لم يختص بكامل حصته عينا أن يعارض فى تكوين الحصص

(١٦) السنهورى ص ١٢٢٤ - أحمد سلامة ص ٣٩٢ وما بعدها - عبد المنعم الصدة ص ٢٢٩ - منصور مصطفى منصور ص ١٩٢ - اسماعيل غانم ص ١٨٩ - ويجب ملاحظة أنه من المستحيل أن تكون العبرة فى التقدير بقيمة الأموال الشائعة وقت صدور الحكم بالقسمة ، اذ أن تكوين الحصص انما يتم حتما قبل صدور الحكم . كما أن مهمة المحبر تستغرق عادة فترة غير قصيرة ، وهو لن يستطيع تقدير كافة الأموال الشائعة جميعا فى وقت واحد . ومع ذلك فإنه من الضروري أن يكون الأساس فى تقديرات المحبر تاريخا موحدا . ولذلك جرى قضاء محكمة النقض الفرنسية على أن لقاضى الموضوع أن يحدد تاريخا معيناً ، يراعى فيه أن يكون أقرب تاريخ مستطاع الى وقت صدور الحكم بالقسمة ، يتخذ أساسا للتقدير بحيث تكون العبرة بقيمة الأموال الشائعة جميعا فى ذلك التاريخ وهذا القضاء جدير بالاتباع فى مصر ، فهو يكفل التوفيق بين الاعتبارات المختلفة التى تتنازع الموضوع (اسماعيل غانم ص ١٨٩ وما بعدها هامش « ١ ») .

(١٧) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٦ ص ١٢٠ .

على أساس المساواة في القيمة ويكون على المحكمة أن تأمر بتحقيق المساواة
العينية بين الحصص إذا تبين لها أن إجراء القسمة ممكن على هذا
الأساس (١٨) .

ويصح أن يلجأ الخبير إلى التجنيب ولو كان يمكن قسمة المال على
أساس تكوين الحصص ، وذلك إذا اتفق جميع الشركاء على ذلك ، ذلك أن
المشرع وضع هذا القيد بقصد حماية مصالح الشركاء ، فإن هم أجمعوا على
عدم تمسكهم به كان ذلك من حقهم (١٩) .

ومتى طلب الشريك أن تكون القسمة بطريق التجنيب أو وافق على
التجاء الخبير إليها فلا يجوز له الرجوع في طلبه أو موافقته (٢٠) .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

(إذا وافق أحد الشرهاء أمام محكمة أول درجة على إجراء القسمة
بطريق التجنيب فلا يجوز له أن يرجع أمام محكمة ثانية درجة في هذا ويطلب
إجراء القسمة بطريق القرعة) .

« طعن رقم ٣٨٥ لسنة ٢٢ ق - جلسة ١٩٥٦/٥/٣٩ »

وإذا طلب المدعى في دعوى القسمة فرز وتجنيب نصيبه في المال
الشائع ، ولم يطلب المدعى عليهم ذلك ، كان على الخبير فرز وتجنيب نصيب
المدعى فقط وإبقاء المدعى عليهم في الشيوع .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

(إذا كانت المحكمة قد نددت الخبير لفرز وتجنيب نصيب - المدعى -
طالبى القسمة والحصص الثالث الذى انضم اليهم بينما لم يطلب أحد من المدعى

(١٨) محمد علي عرفة ص ٤٣٢ .

(١٩) السنهوري ص ١٢٢٣ - أحمد سلامة ص ٣٩١ .

(٢٠) السنهوري ص ١٢٢٣ هامش (٢) - أحمد سلامة ص ٣٩٢ .

عليهم قرز وتجنب نصيب له فلا تشرىب على الخير اذا قام بقرز وتجنب
نصيب المدعين وأبقى عليهم فى الشروع) .

« طعن رقم ٣٨٥ لسنة ٢٢ ق - جلسة ١٩٥٦/٥/٣١ »

٨٦ - احكام خاصة بقسمة بعض الاموال الشائعة اذا كان سبب الشروع هو الميراث :

وردت هذه الأحكام فى المادتين ٩٠٥ ، ٩٠٦ من التقنين المدنى .

والمادة ٩٠٥ اوردت الاحكام الخاصة بقسمة الأوراق العائلية
او الأشياء التى تتصل بماطفة الورثة نحو المورث ، فنصت على أنه : (اذا
لم يتفق الورثة على قسمة الأوراق العائلية أو الأشياء التى تتصل بماطفة
الورثة نحو المورث ، أمرت المحكمة اما ببيع هذه الأشياء أو باعطائها لاحد
الورثة مع استنزال قيمتها من نصيبه فى الميراث او دون استنزال ، ويراعى
فى ذلك ما جرى عليه العرف وما يحيط بالورثة من ظروف شخصية) .

ومن امثلة الأوراق والأشياء المذكورة بالنص ملابس المورث ومذكراته ،
وما تركه من ذكريات مادية كالاسلحه وما الى ذلك .

وهذه يترك طريقة تقسيمها الى الورثة فاذا لم يتفقوا على ذلك ، يقدر
القاضى بشأنها ظروف العائلة والظروف الشخصيه للورثة ، فقد يأمر ببيعها ،
وقد يعطيها لواثر معين بعد استنزال قيمتها من نصيبه فى الارث او دون
الاستنزال (٢١) .

وقد جرى القضاء الفرنسى على أن للورثة الذين لم تؤزل اليهم هذه
الأوراق أو الأشياء الحق فى استخراج صور منها - وهذا قضاء جدير بالاتباع
فى مصر (٢٢) .

(٢١) مذكرة الشروع التمهيدى - مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٦
ص ٢٧٢ .
(٢٢) محمد على عرفة ص ١٩١ هامش (١) .

والمادة ٩٠٦ خاصة بالمستغل الزراعي أو الصناعي أو التجاري مما
يعتبر وحدة اقتصادية قائمة بذاتها فنصت على أن:

(إذا كان بين أموال الشركة مستغل زراعي أو صناعي أو تجاري مما
يعتبر وحدة اقتصادية قائمة بذاتها ، وجب تخصيصه برمته لمن يطلبه من
الورثة إذا كان أقدرهم على الاضطلاع به - وثمة هذا المستغل يقوم بحسب
قيمته ويستنزل من نصيب الوارث في الشركة - فإذا تساوت قدرة الورثة
على الاضطلاع بالمستغل خصص لمن يعطى من بينهم أعلى قيمة بحيث لا تقل
عن ثمن المثل) •

ومثل المستغل الزراعي الذي يعتبر وحدة اقتصادية قائمة بذاتها
البستان ومثل المستغل الصناعي المصنع ومثل المستغل التجاري المتجر •
فقد لاحظ المشرع أن من شأن تقسيم المستغل انقاص قيمته (٢٣) ، كما أن
اتباع طريق القرعة قد يؤدي الى أن يقع المستغل في نصيب وارث لا تتوافر
لديه الخبرة اللازمة للاستمرار في استغلاله (٢٤) •

ومن ثم أوجب النص تخصيص المستغل برمته لمن يطلبه من الورثة
إذا كان أقدرهم على الاضطلاع بإدارته • ويستنزل ثمن المستغل من نصيب
الوارث في الشركة (٢٥) •

ولم يتعرض النص لحالة ما إذا كانت قهجة المستغل تزيد على نصيب

(٢٣) مذكرة المشروع التمهيدى - مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٦
ص ٢٧٤ •

(٢٤) محمد علي عرفة ص ١٩١ وما بعدها •
(٢٥) وقد ورد النص في المشروع التمهيدى على تقدير ثمن المستغل
بمراجعة قيمة ما يسببه لا قيمته كمراس مال فقط ، وجعلت لجنة المراجعة
الثنى باعتبار (قيمة إيراده) ، إلا أن لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ
عدلت النص على الوضع الحالي وذكرت تبريرا لذلك أن (الإيراد قد يتأثر
بطريقة الاستغلال وقدرة المستغل) - مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٦ ص
٢٧٤ وما بعدها •

الوارث ، على أنه ليس هناك من مبرر في هذه الحالة لمنع تطبيق قاعدة تخصيص المستغل لأقدر الورثة على إدارته أن طلب ذلك ، على أن يدفع الفرق في القيمة ، وهذا ما أشارت إليه مذكرة المشروع التمهيدي (٢٦) .

وإذا كان من بين الورثة أكثر من واحد يستطيعون النهوض بالمستغل فيكون وجه التفضيل بينهم من يعطى أعلى قيمة مع الاحتفاظ دائما بمستوى ثمن المثل على الأقل ، فقد جعل الشارع الزائدة في القيمة مناسبا للترجيح بين الورثة الذين يستطيعون إدارة المستغل .

وإذا كان المستغل زراعيا فإن حكم المادة ٩٠٦ مدني سالف الذكر قد يتعارض مع حكم المادتين ٢٣ ، ٢٤ من المرسوم بقانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ بشأن الإصلاح الزراعي .

فقد نصت المادة ٢٣ على أن : (إذا وقع ما يؤدي الى تجزئة الأراضي الزراعية الى أقل من خمسة أفدنة سواء كان ذلك نتيجة للبيع أو المقايضة أو الميراث أو الوصية أو الهبة أو غير ذلك من طرق كسب الملكية وجب على ذوى الشأن أن يتفقوا على من تؤول اليه ملكية الأرض منهم ، فإذا تعذر الاتفاق رُفع الأمر الى المحكمة الجزئية الواقع في دائرتها أكبر المقارنات قيمة ، بناء على طلب أحد ذوى الشأن أو النيابة للفصل فيمن تؤول اليه الأرض ، فإذا لم يوجد من يستطيع الوفاء بباقي الأنصبة قررت المحكمة بيع الأرض بطريق المزاد . وتفصل المحكمة في الطلب بغير رسوم) .

وتنص المادة ٢٤ على أن : (تفصل المحكمة الجزئية - في أيلولة الأرض غير القابلة للتجزئة - من يحترف الزراعة من ذوى الشأن ، فان تساوا في هذه الصفة اقترح بينهم) .

على أنه إذا كان سبب الملكية الميراث فضل من يشتغل بالزراعة من

الورثة ، فإن تساوا في هذه الصفة قدم الزوج فالولد ، فاذا تعدد الأولاد اقترح بينهم) .

والرأى الغالب أن حكم المادة ٩٠٦ مدني هو واجب التطبيق لأن المادة المذكورة تعتبر في هذا الصدد نصا خاصا . فهي تناول صورة خاصة من الأراضي الزراعية هي المستقل الزراعي . منا يعتبر وحدة اقتصادية بـقائمة بذاتها ، ومن ثم تنفذ نص المادة ٢٤ من قانون الإصلاح الزراعي وهو نص عام التطبيق على كافة الأراضي الزراعية (٢٧) .

٨٦ مكرر - هل يجوز أن تتضمن القسمة القضائية تقرير حق جديد ؟

يمكن القول بوجه عام ، أنه لا يصح للقاضي أن يلجأ الى انشاء حق جديد ، رغم معارضة بعض الشركاء ، الا اذا اقتضت ذلك ضرورة المحافظة على قيمة المال الشائع . اما اذا أمكنت القسمة عينا ، أو أمكن بيع المال في المزداد ، بغير انشاء حقوق جديدة ، ودون أن يترتب على ذلك نقص كبير في قيمة المال ، فلا يصح للقاضي أن ينشئ حقا جديدا .

ففيها يتعلق بحق الارتفاق ، يصح للقاضي أن يقسم العقار الشائع اجزاء ويقرر لاحد الاجزاء حق ارتفاق على جزء آخر أو على الاجزاء الأخرى ، اذا اقتضى ذلك حسن الاستغلال وكان من المتعذر بيع العقار بالمزاد جملة واحدة لصعوبة العثور على مشتر يقبل شراء العقار كله في مقابل ثمن مناسب لتقييمه . وقد استقر على ذلك قضاء محكمة النقض الفرنسية .

(٢٧) راجع مؤلفنا مشكلات الملكية والحيازة في قانوني الإصلاح الزراعي والزراعة ١٩٩٣ ص ٣٨٤ - الدكتور حسام الدين الأهواني أصول القانون الزراعي ١٩٧٥ ص ٢٢١ وما بعدها - وفي هذا المعنى : محمد علي عرفة شرح قانون الإصلاح الزراعي الطبعة الثانية ١٩٥٤ ص ١٢٧ - وعكس ذلك أحمد سلامة القانون الزراعي الطبعة الثانية ١٩٧٦ ص ٢٢١ هامش (٢) - فيذهب الى أن المادة ٩٠٦ مدني تتكلم عن الوحدة الاقتصادية القائمة بذاتها ، وهذه مسألة مختلفة تماما عن المسألة محل البحث .

أما فيما يتعلق بحق الانتفاع فلم يعرض في العمل قضية أثر فيها
البحث في جواز تقريره . وقد كان من الجائز في القانون الروماني انشاء
الشيوع بتقرير حق انتفاع لأحد الشركاء وملكية الرقبة لشريك آخر . ولكن
الفقه الفرنسي التقليدي كان يذهب إلى أن في ذلك تجاوزاً لسلطة القاضي .
وقد رأى البطي أنه إذا توافرت الشروط المتقدمة ، من حيث ضرورة الالتجاء
إلى انشاء حق الانتفاع حفظاً لقيمة المال الشائع فلا يوجد ما يحول دون
جواز ذلك ، وإن كان من النادر عملاً أن تتوفر هذه الشروط فيما يتعلق بحق
الانتفاع(٢٨) .

وأما انشاء حق إيجار لأحد المتقاسمين في عقار يختص به متقاسم
آخر ، فيثور البحث فيه بوجه خاص في حالة ما إذا كان صاحب المحل
التجاري مالكا للعقار الذي يشر فيه تجارته ، ويتنقض الحال بعد وفاته أن
يختص أحد ورثته بالعقار وأن يختص وارث آخر بالمحل التجاري . فإذا
لم يمنح من اختص بالمحل التجاري حق إيجار في العقار الذي اختص به
التقاسم الآخر ، فسيترتب على ذلك في كثير من الأحيان انقاص قيمة المحل
التجاري ، إذ أن جانباً كبيراً من العملاء يتوقف على موقع المحل . ومثل هذا
إذا تقرر بيع المحل التجاري في المزاد وتقسيم ثمنه بين الشركاء ، فإذا
لم تتضمن قائمة شروط البيع بنداً بتقرير حق الإيجار للمشتري فسيحجم
الكثيرون عن الدخول في المزاد ولن يتيسر الحصول إلا على ثمن قليل ولذلك
فمن المقبول في مثل هذه الحالات أن يكون لقاضي القسمة سلطة انشاء حق
الإيجار رغم معارضة بعض الشركاء(٢٩) .

وأما عن تقسيم العقار الشائع إلى طبقات أو شقق بحيث يختص كل
متقاسم بطبقة أو شقة وتبقى الأجزاء المشتركة شائعة بينهم شيوعاً إجبارياً ،
فقد اختلف فيه القضاء الفرنسي . أما في الفقه فالأغلبية ترى جوازه .

(٢٨) اسماعيل غانم ص ١٩٩ وما بعدها .

(٢٩) اسماعيل غانم ص ٢٠٠ .

وقد ذهبت بعض الأحكام الى أنه لا يصح الالتجاء الى بيع العقار في المزد
إذا كان في الامكان قسمته الى طبقات أو شقق ، على اعتبار أن هذه القسمة
عينية ولا يصح المدول عنها ما دامت ممكنة الى قسمة التصفية(٣٠) .

ويرى البعض - يعق - أن في هذا القضاء مغالاة ، ذلك أن قسمة المنزل الى
طبقات أو شقق لا تؤدي الى افراز كامل ، بل تبقى الأجزاء المشتركة في
الشيوع ، فهي تؤدي الى أن تنشأ ، بجانب الملكيات المقررة للطبقات
أو الشقق ، حقوق جديدة هي حقوق الملكية المقررة لملك الطبقات أو الشقق
في الأجزاء المشتركة ، وهي ملكية شائعة شيوخا اجباريا وتخضع لتنظيم
خاص . ولذلك فلا يصح الالتجاء الى هذا الطريق الا اذا تمذرت قسمة
التصفية ، بأن كان من المتمدن المتمدن على مشتر للمفاز كله بشمن مقبول(٣١) .

(٣٠) استئناف ليون ١٩ يونيو ١٩٥٢ المشار اليه بالمرجع
السابق ص ٢٠٠ ، ٢٠١ .
(٣١) اسماعيل غانم ص ٢٠١ .

المرحلة الثانية

الفصل فى المنازعات التى يثيرها الخصوم فى القسمة

٨٧ - النص القانونى :

المادة ٨٣٨ مدنى :

(تفصل المحكمة الجزئية فى المنازعات التى تتعلق بتكوين الحصص
وفى كل المنازعات الأخرى التى تدخل فى اختصاصها)

فإذا قامت منازعات لا تدخل فى اختصاص تلك المحكمة كان عليها
أن تحيل الخصوم الى المحكمة الابتدائية ، وأن تعين لهم الجلسة التى يحضرون
فيها ، وتقف دعوى القسمة الى أن يفصل نهائيا فى تلك المنازعات)

٨٨ - تحديد المنازعات التى تثار أمام المحكمة الجزئية وهى : للفصل فيها :

إذا أودع الخبير المتدب من المحكمة لأجراء القسمة تقريره ، حددت
المحكمة جلسة لنظر المنازعات التى يديرها الخصوم بشأن القسمة (٣٢) ، وقد
جرى العمل على أن تنظر المحكمة هذه المنازعات فى جلسات المرافعة التى
تلى ايداع التقرير دون تخصيص جلسة معينة لنظر هذه المنازعات .

وتنقسم المنازعات التى تعرض على المحكمة الجزئية حال نظر الدعوى
الى نوعين من المنازعات تعرض لهما فيما يلى :

(٣٢) محمد على عرفة شرح القانون المدنى الجديد فى حق الملكية
ص ٤٣٣ .

المشروع الأول :

المنازعات التي تتعلق بتكوين الحصص ويلحق بها المنازعات التي تتعلق بتجنيب نصيب الشركاء .

ومثل هذه المنازعات :

١ - ادعاء أحد الشركاء أن الحصص التي كونها الحبير غير متساوية .

٢ - ادعاء أحد الشركاء أنه يمكن تقسيم المال بطريقة أفضل من الطريقة التي حددها الحبير .

٣ - ادعاء أحد الشركاء أنه يمكن للحبير إجراء القسمة العينية بدون معدل .

٤ - ادعاء أحد الشركاء أن المعدل الذي قدره الحبير غير مناسب (منخفض أو مفال فيه) .

٥ - ادعاء أحد الشركاء أن النصيب الذي جنبه له الحبير أقل مما يستحق .

٦ - ادعاء أحد الشركاء أنه كان يمكن تجنيب نصيبه بطريقة أفضل (٣٣) .

وهذا النوع من المنازعات يدخل في إجراءات القسمة ، ولما كانت المحكمة الجزئية تختص بكافة المنازعات التي تتعلق بإجراءات القسمة أيا كانت قيمة المال الشائع ، ومن ثم فهي تختص بالفصل في هذه المنازعات .

فاذا فصلت المحكمة في المنازعات المذكورة فإنها تمضي في نظر الدعوى إلى المرحلة الثالثة من القسمة كما سنرى .

ولا يجوز الطعن بالاستئناف في الحكم الصادر من المحكمة الجزئية في المنازعات المتعلقة بتكوين الحصص أو بإجراء التجنيب إلا عند الطعن في الحكم المنهى للخصومة وهو الحكم الصادر بإعطاء كل شريك نصيبه في المال المفروز ، وذلك عملاً بالمادة ٢١٢ من قانون المرافعات التي تجرى على أنه : (لا يجوز الطعن في الأحكام التي تصدر أثناء سير الدعوى ولا تنتهي بها الخصومة إلا بعد صدور الحكم المنهى للخصومة كلها ، وذلك فيما عدا الأحكام الوقفية والمستعجلة والصادرة بوقف الدعوى والأحكام القابلة للتنفيذ الجبري^(٣٤)) والأحكام الصادرة بعدم الاختصاص والاحالة إلى المحكمة المختصة وفي هذه الحالة الأخيرة ... الخ) .

النوع الثاني :

المنازعات الأخرى التي لا تتعلق بتكوين الحصص أو بتجنيب نصيب الشركاء ، وكلها تدور حول الملكية .
ومثال ذلك :

١ - ادعاء أحد الشركاء أن شريكاً آخر لا يملك شيئاً في المال الشائع .

(٣٤) قارن السنهاوي ص ١٢٢٦ فيرى أن المحكمة الجزئية عندما تفصل في هذه المنازعات وتكون قيمتها مما يجوز استئنافه أمام المحكمة الابتدائية التي تتبعها المحكمة الجزئية ، جاز لذوي الشأن من الشركاء أن يستأنف حكم القاضي الجزئي أمام المحكمة الابتدائية ولا ترجع المحكمة الجزئية إلى متابعة أعمال القضية إلا بعد أن تصدر أحكام نهائية في جميع هذه المنازعات .

وهذا الرأي كان يتفق ونص المادة (٤٠٥/٣٦١) من قانون المرافعات الأمل الذي كان سارياً وقت صدور التقنين المدني إذ كانت تجيز استئناف الأحكام التمهيدية دون الأحكام التحضيرية قبل صدور الحكم في الموضوع ، إذا كان الحكم الصادر في الموضوع مما يجوز استئنافه ، أما نص المادة ٣٧٨ من قانون المرافعات الملغى - الذي حل محله فقد جرت على أن الأحكام التي تصدر قبل الفصل في موضوع الدعوى ولا تنتهي بها الخصومة كلها أو بعضها لا يجوز الطعن فيها إلا مع الطعن في الحكم الصادر في الموضوع سواء أكانت تلك الأحكام قطعية أم متعلقة بالانبات أو بسير الإجراءات إنما يجوز الطعن في الحكم الصادر بوقف الدعوى وفي الأحكام الوقفية المستعجلة قبل الحكم في الموضوع .

٢ - ادعاء أحد الشركاء أن له حصة أكبر في المال الشائع من الحصة التي يقر بها باقي الشركاء ، كان يدعى أن له الثلث فينازعه باقي الشركاء مدعين أن له الربع .

٣ - ادعاء أحد الشركاء أن شريكا آخر تصرف في حصته لأجنبي ومن ثم لم يعد مالكا ولا يجوز له المخول في القسمة .

(راجع أيضا نقض ١٩٦٢/١/٢٥ منشور بينه ٨١) .

وحكم هذه المنازعات ، أنها إذا كانت تدخل بحسب قيمتها في اختصاص المحكمة الجزئية - طبقا للقواعد العامة - تولت المحكمة الجزئية الفصل فيها .

ولا يجوز الطعن في الحكم الصادر من المحكمة الجزئية في هذا النزاع على استقلال ، وإنما يكون الطعن عليه مع الحكم المنهى للخصومة أي الصادر بإعطاء كل شريك نصيبه في المال المفرز (٣٥) .

لما إذا كانت المنازعة لا تدخل في اختصاص المحكمة الجزئية طبقا للقواعد العامة ، كان عليها أن تحيل الخصوم إلى المحكمة الابتدائية المختصة وأن تعين لهم الجلسة التي يحضرون فيها ، وأن توقف دعوى القسمة حتى يفصل نهائيا في ذلك النزاع .

ويكون الفحص نهائيا في النزاع إذا فات ميعاد استئناف الحكم الصادر من المحكمة الابتدائية أو طعن في هذا الحكم وفصل في الاستئناف .

فإذا أصبح الحكم نهائيا جاز لأي ذي مصلحة من الخصوم تعجيل السير في دعوى القسمة أمام المحكمة الجزئية لتواصل السير فيها .

(٣٥) راجع عكس ذلك السنجوري ص ١٢٢٧ - وراجع في الرد على هذا الرأي الباشي السابق .

وقد جاء بالذكر الإيضاحية للمشروع التمهيلي :

(فان قام نزاع في تكوين المحصر فصلت فيه المحكمة الجزئية وإن قام نزاع في غير ذلك ، كان تنازع الشركاء في تمديد حصصهم وادعى شريك أن له الثلث فتنازعه الشركاء الآخرون مدعين أن له الربع ، فصلت المحكمة المختصة في هذا النزاع ، فان كانت هي المحكمة الجزئية المختصة بالقسمة تولى الفصل والا أحالت المحصر على المحكمة المختصة وحددت الجلسة التي يحضرون فيها ، ووقفت دعوى القسمة حتى يفصل نهائيا في هذا النزاع (٣٦) .
(راجع أيضا بند ٨١) .

**٨٩ - القضاء بحالة المحصر الى المحكمة الابتدائية ووقف دعوى القسمة
وهي بجديّة المنازعة التي يشترها المحصر :**

يجب على المحكمة الجزئية قبل إحالة المحصر الى المحكمة الابتدائية للفصل في النزاع على المالك ووقف الدعوى ، أن تتحقق من جديّة المنازعة . وتقدير جديّة المنازعة ما يدخل في سلطة محكمة الموضوع التقديرية ما دامت تقيم قضائيا على اعتبارات واقعية مقبولة وأسباب سائفة . وبالترتيب على ذلك اذا استبان للمحكمة الجزئية عدم جديّة المنازعة كان عليها الالتفات عنها والسير في الدعوى .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

١ - (١) (لقاضي القسمة تقدير جديّة المنازعة في الملك التي تنازع أمامه حتى لا يصده ذلك عن ممارسة اختصاصه . وهذا التقدير يقتضي حكما يبعث أوجه المنازعة ووزن أسانيدهما لا للفصل في موضوعها وإنما للوصول الى قرار بتأخير الفصل في القسمة أو للسير في إجراءاتها)

(ب) تقدير جديّة المنازعة في الملك المتنازع في دعوى القسمة هو

(٣٦) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٦ ص ١٢٠ .

مما يدخل في سلطة محكمة الموضوع التقديرية التي لا رقابة فيها لمحكمة النقض ما دامت تقيم قضاها على اعتبارات واقعية مقبولة وأسباب سائفة) .
« طعن رقم ٢٢٠ لسنة ٢٢ ق - جلسة ١٩٥٥/١١/٢٤ »

٢ - (لمحكمة الموضوع تقدير ما اذا كانت المنازعة في دعوى القسمة جدية ومؤثرة على الدعوى حتى توقف السير فيها أو أنها ليست كذلك فتطرحها جانباً وتسير في الدعوى) .

« طعن رقم ٢٨٥ لسنة ٢٢ ق - جلسة ١٩٥٦/٥/٣ »

٩٠ - من صاحب الحق في التمسك بوقف الدعوى حتى يفصل نهائياً في النزاع على الملكية ؟

التمسك بوجوب وقف دعوى القسمة حتى يفصل نهائياً في الملكية ، مقرر لصالح الخصم الذي ينازع في الملكية ، وهو دون باقي الشركاء الذي يحق له التمسك بوقف الدعوى . ولكن ليس معنى ذلك أن لمحكمة القسمة بدلا من أن تحيل المنازعة التي تخرج عن نصاب القاضي الجزئي الى المحكمة الابتدائية المختصة ، أن تفصل فيها ما دام أن من نازع في الملكية لم يطلب وقف دعوى القسمة وحالة المنازعة الى المحكمة الابتدائية . ذلك أن قواعده الاختصاص القيسى مما يتعلق بالنظام العام ، ويجب على المحكمة مراعاتها من تلقاء نفسها (م ١٠٩ مرافعات) .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

(التمسك بوجوب وقف دعوى القسمة حتى يفصل نهائياً في الملكية هو من شأن الخصم الذي نازع في الملكية ولا صفة لغيره من الخصوم في التحدي به) .

« طعن رقم ٢٨٥ لسنة ٢٢ ق - جلسة ١٩٥٦/٥/٣١ »

٩١ - الطعن بالاستئناف في الحكم الصادر بوقف الدعوى :

يجوز الطعن بالاستئناف في الحكم الصادر من المحكمة الجزئية بوقف

الدعوى حتى يفصل نهائيا في النزاع على الملكية اذا كانت قيمة الدعوى تزيد على النصاب النهائي للقاضي الجزئي وذلك عملا بالمادة ٢١٢ مرافعات التي تقضى بأنه : (لا يجوز الطعن في الأحكام التي تصدر أثناء سير الدعوى ولا تنتهى بها الخصومة الا بعد صدور الحكم المنهى للخصومة كلها . وذلك فيما عدا الأحكام الرقبتية والمستجلة والصادرة بوقف الدعوى والأحكام القابلة للتنفيذ الجبرى ، والأحكام الصادرة بعدم الاختصاص والإحالة الى المحكمة المختصة وفي هذه الحالة الأخيرة ... الخ) .

المرحلة الثالثة

الحكم باعطاء كل شريك نصيبه المقرز

٩٢ - النص القانوني :

المادة ٨٣٩ :

(متى انتهى الفصل في المنازعات وكانت الحصص قد عينت بطريق التجنيب ، أصدرت المحكمة الجزئية حكما باعطاء كل شريك النصيب المقرز الذى آل اليه .

فاذا كانت الحصص لم تعين بطريق التجنيب ، تجرى القسمة بطريق الاقتراع ، وتثبت المحكمة ذلك فى محضرها . وتصدر حكما باعطاء كل شريك نصيبه المقرز) .

٩٣ - كيفية اعطاء كل شريك نصيبه المقرز :

إذا انتهت المحكمة الجزئية من الفصل فى المنازعات التى أيداعها الشركاء فى تكوين الحصص ، وإذا فصلت المحكمة الابتدائية نهائيا فى النزاع على الملكية ، فإن هذه المنازعات تكون قد حسمت ، ويكون لكل ذى مصلحة من المحصوم تعجيل دعوى القسمة من الوقف ، وتمضى المحكمة فى نظر الدعوى لنقضى باعطاء كل شريك نصيبه المقرز .

وفى هذا الشأن يتعين التفرقة بين حالتين :

الحالة الأولى : هى التى يكون نصيب كل شريك قد تعين مفرزا فى المال الشائع بمعدل أو بغير معدل أى تمت القسمة بطريق التجنيب .

والحالة الثانية : هى التى يكون المال الشائع قد قسم الى حصص متساوية .

ففى الحالة الأولى ، تصدر المحكمة حكمها بإعطاء كل شريك النصيب المفرز الذى آل اليه مع الزامه بإداء الحصص إلى الشريك أو الشركاء الذين عينهم الحبير إن كان .

وفى الحالة الثانية ، فقد رأينا أن الحبير يتسم المال الشائع إلى حصص متساوية على أساس أصغر نصيب ، ولكن هذا التقسيم لا يؤدى إلى معرفة كل شريك للحصص التى تقع فى نصيبه تحديدا .

وتحقيقا لذلك وحتى يخضع جميع الشركاء لفرض متساوية فى توزيع هذه الحصص ، فقد أوجبت المادة ٨٤٩ مدنى توزيع الحصص على الشركاء بطريق القرعة .

فإذا كان مجموع الحصص التى كونها الحبير تسع وعدد الشركاء ثلاث لواء منهم حصص واحدة وللثاني ثلاث حصص وللرابع خمس حصص ، وضعت القرعة فى تسعة أوراق مرقمة ترتيبا مسلسلا من رقم (١) إلى رقم (٩) وترقم انقطع التسع بنفس الطريقة (٣٧) .

ثم يعرض القاضي الورق على الشركاء ، ليسمح للشريك الأول ووجه واحدة ، والشريك الثانى ثلاث ورقات والشريك الثالث خمس ورقات ، فتكون نتيجة القرعة أن يختص كل شريك بالنقطة أو القطع المدون رقميا بالورقة أو الورق الذى سحبه (٣٨) .

فإذا كان المال المراد قسمته عقارا ، فإن القرعة قد تؤدى إلى اختصاص

(٣٧) فتكون كالآنى :

رقم مسلسل (٢)
حصص رقم (٢)

رقم مسلسل (١)
حصص رقم (١)

وهكذا .

(٣٨) فى هذا المعنى السهنورى ص ١٣١ .

الشريك ذى النصيب الذى يزيد على حصة واحدة ، يحصل متفرقة فى الغالب الأعم . ولذلك فإن القرعة لا تكون مناسبة فى قسمة العقار الا فى حالة تساوى الحصص وهى أكثر مناسبة فى قسمة المنقولات على الشيوخ (٣٩) .

وللتخلص من هذه النتيجة يمكن للخصوم ارتضاء تقسيم يجريه الحبر بحيث يجعل حصصهم متحدة ، أو الاتفاق فيما بينهم على التبادل بانصبتهم بما يحقق لهم ذلك بعد صدور حكم القسمة .

غير أن الاقتراع يعتبر إجراء حتمياً لتحديد الأنصبة ، لا تصح القسمة بغيره ، الا اذا رضى كل من المتقاسمين بأخذ حصته بغير القرعة ، بشرط ان يكونوا كلهم أهلاً للتصرف ، أما اذا كان من بينهم شخص ناقص الأهلية فالقرعة واجبة .

وفى كل الأحوال التى تجب فيها القرعة تكون القسمة باطلة اذا أهملت القرعة (٤٠) .

وإذا اقترح الحبر فى تقريره طرقاً متعددة لتسوية الأنصبة بطريق القرعة وجب على المحكمة أن تجرى القرعة التى اقترحها الحبر ، ولا تترك طريقاً من الطرق التى ذكرها الحبر باعتبار أن الطريق الذى استبعدته يترتب عليه بقاء شيوخ جزئى (٤١) .

وبعد أن تنتهى المحكمة من إجراء القرعة تثبت ذلك فى محضرها ، وتصدر حكمها باعطاء كل شريك نصيبه المقرز ولا يقتصر أثر الحكم بنزوع الحصص على تسليم كل شريك نصيبه المقرز الذى آل اليه بل يتناول أيضاً تسليم مستندات الملكية المصصلة بالأموال التى وقعت فى نصيب كل

(٣٩) جميل الشرقاوى ص ١٥٩ .

(٤٠) محمد كامل مرسى ص ٢١٦ - محمد على عرفة ص ٢٣٤ .

(٤١) محمد كامل مرسى ص ٢١٧ واستئناف مختلط ٢٠ نوفمبر

١٨٨٩ المشار اليه بهامش رقم (١) بذات الصفحة من المؤلف المذكور .

شريك (٤٢) .

وبما تصدره المحكمة الجزئية من قضاء باعطاء كل شريك نصيبه
المفروز في الحالين الأولى والثانية تنتهى دعوى القسمة .

غير أنه يستثنى من ذلك حالة ما اذا كان بين الشركاء غائب أو كان
بينهم من لم تتوافر فيه الأهلية فإنه يجب تصديق المحكمة الابتدائية على
النحو الذى سنذكره تفصيلا ، وفي هذا الفرض تمر دعوى القسمة بالمرحلة
الرابعة .

(٤٢) وليس في التشريع المصرى نص مقابل للمادة ٨٤٢ من القانون
المدنى الفرنسى التى بينت الطريقة الواجب اتباعها بالنسبة الى المستندات
المخاصة بالملك المشترك كله عند تجزئته . او المستندات المشتركة بين أعيان
التركة .

المرحلة الرابعة
تصديق المحكمة الابتدائية
على الحكم الصادر من المحكمة الجزئية
فى دعوى القسمة اذا كان من بين الشركاء غائب
أو من لم تتوافر فيه الاهلية

٩٤ - النص القانونى :

المادة ٨٤٠ مدنى :

(اذا كان بين الشركاء غائب أو كان بينهم من لم تتوافر فيه الاهلية
وجب تصديق المحكمة على حكم القسمة بعد أن يصبح نهائيا ، وفقا
لما يقرره القانون) .

**٩٥ - متى يلزم تصديق المحكمة على حكم القسمة الصادر من المحكمة
الجزئية ؟**

يلزم تصديق المحكمة وهى المحكمة الابتدائية - كما سنرى - على
حكم القسمة الصادر من المحكمة الجزئية اذا كان من بين الشركاء فى المال
الشائع طرفى القسمة ، غائب أو محجور عليه لجنون أو عته أو غفلة أو سفه ،
أو قاصر مشمول بالوصاية أو بولاية جده لأبيه . أما اذا كان القاصر مشمولا
بولاية أبيه ، فانه لا يلزم التصديق على حكم القسمة . والحصوم الذين
تتطلب المادة التصديق من المحكمة الابتدائية على حكم القسمة بالنسبة
لهم هم ذات الحصوم الذين تتطلب المادة ٨٣٥ مدنى اتخاذ الاجراءات
النصوص عليها بالمادتين ٤٠ ، ٧٩ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة
١٩٥٢ بإحكام الولاية على المال بالنسبة لهم عند اجراء القسمة الاتفاقية .
(راجع فى التفصيل بند ٣١ وما بعده) .

٩٦ - المحكمة المختصة بالتصديق وما يجب التصديق عليه :

نصت المادة ٨٤٠ مدني على أنه : (اذا كان بين الشركاء غائب أو كان بينهم من لم تتوافر فيه الأهلية ، وجب تصديق المحكمة على حكم القسمة بعد أن يصبح نهائيا ، وذلك وفقا لما يفرره القانون) - وكانت المادة (٥٥٢/٤٥٦ مدني قديم) المقابلة للنص الحالي تقضي بأنه : (اذا كان أحد الشركاء قاصرا أو غير أهل للتصرف أو غائبا ، وجب التصديق من المحكمة الابتدائية على قسمة الأموال الى حصص) .

وعناك فارق بين النصين ، فالنص القديم يوجب التصديق من المحكمة الابتدائية على قسمة الأموال الى حصص ، أي بعد أن تنتهي المحكمة الجزئية من تكوين المحصل والفضل فيما يثار حولها من منازعات ، وقبل أن تصدر الحكم النهائي لدعوى القسمة بانعطاء كل شريك نصيبه المقرز ، أما النص الحالي فيوجب التصديق بعد صدور الحكم المذكور ، وذلك حتى يتسنى للمحكمة مراقبة اجراءات القسمة كلها بما فيها عملية الاقتراع (٢٣) .

وهذا المعنى هو ما أفصحته عنه المذكرة التوضيحية للمشروع اتمهينين بقولها :

(وحكم القسمة هذا هو الذي تصدق عليه المحكمة الابتدائية اذا كان بين الشركاء غائب أو شخص لم تتوافر فيه الأهلية ولم يكن له ولي شرعى .

أما في التقنين الحالي ، فالمحكمة الابتدائية تصدق على قسمة الأموال الى حصص (٢٤) ، وقد رؤى ان الاولى ان يكون التصديق على حكم القسمة لنفسه (٢٥) .

وكانت الفقرة الثانية من المادة ١٩ من القانون رقم ٩٩ لسنة ١٩٤٧

(٢٣) محمد علي عرفة ص ٤٣٦ .

(٢٤) وكان هذا هو الرأي الراجح في ظل التقنين الملغى .

(٢٥) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٦ ص ١٢٠ .

باصدار قانون المحاكم الحسبية - المسارى فى ظل التقنين المدنى القديم - متفقا مع المادة ٤٥٦ المذكورة ، اذ جرت الفقرة المشار اليها على أن : (وفى حالة القسمة القضائية يكون التصديق المنصوص عليه فى المادة ٤٥٦ من القانون المدنى من اختصاص المحكمة الحسبية الكلية) (٤٦) ، غاية الأمر انه جعل التصديق من اختصاص المحكمة الحسبية الكلية مما حدا بلجنة الشئون التشريعية بمجلس النواب عند نظر مشروع التقنين المدنى الجديد الى حذف لفظ (الابتدائية) الوارد بعد لفظ (المحكمة) ، وجاء بتقريرها أنها عدلت المادة (تعديلا يتسق مع مشروع قانون المحاكم الحسبية الذى وافق عليه مجلس النواب) (٤٧) .

ولما صدر المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بعد العمل بالتقنين المدنى الجديد - والذى ألغى القانون رقم ٩٩ لسنة ١٩٤٧ نص فى المادة ٤٠ منه على أن : (وفى حالة القسمة القضائية تصدق المحكمة الابتدائية التى تتبعها محكمة القسمة على قسمة الأموال الى حصص) وهذه المحكمة عند الاقتضاء أن تدعو الخصوم لسماع أقوالهم فى جلسة تحدد لذلك .

وإذا رفضت التصديق تعين عليها أن تقسم الأموال الى حصص على الأسس التى تراها صالحة بعد دعوة الخصوم . ويقوم مقام التصديق الحكم الذى تصدره المحكمة بوصفها محكمة استئنافية بتكوين الحصص) .

وواضح من هذه المادة أنها جعلت التصديق من اختصاص المحكمة الابتدائية التى تتبعها المحكمة الجزئية التى تنظر دعوى القسمة ، وقصرت تصديق المحكمة الابتدائية على قسمة الأموال الى حصص ، فيكون التصديق بعد تكوين الحصص والفصل فيما يثار بشأنها من منازعات بين الشركاء .

(٤٦) باعتبارها أقدر فى تفهم أحوال ناقص الأهلية - هاشم مهنا الموسوعة الحسبية - الطبعة الأولى ١٩٤٨ ص ٣٩٢ .
(٤٧) مجموع الأعمال التحضيرية ج ٦ ص ١١٤ وما بعدها .

وقبل اجراء القرعة وصدر الحكم بالقسمة أى باعطائه كل شريك نصيبه مفزرا ، وتكون المادة بذلك قد عادت الى مسابقة المادة (٥٥٢/٤٥٦) من التقنين المدني السابق ، وخالفت نص المادة ٨٤٠ من التقنين الحالي انتهى توجب التصديق على حكم القسمة بعد أن يصبح نهائيا ، رغم أن هذه المادة أحالت الى القانون المنظم لأحكام الولاية على المال .

واذا التمازى بين نص المادة ٨٤٠ مدني ، والمادة ٤٠ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ (٤٨) ، نرى أن المادة الأخيرة قد نسخت المادة الأولى باعتبارها لاحقة لها ، وما يؤيد ذلك ما نصت عليه المادة الثانية من قانون اصدار القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ من أن : (يلغى الكتاب الأول من قانون المحاكم الحسبية الصادر بالقانون رقم ٩٩ لسنة ١٩٤٧ وكذلك يلغى كل ما كان مخالفا للأحكام المقررة فى النصوص المرافعة لهذا القانون(٤٩) .

(٤٨) ومع الأسف نجد المذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بعد أن عرضت حكم المادة (٤٠) تضيف انه : (وقد فصلت الأحكام المتقدم ذكرها اعمالا لاحالة المشار اليها فى المادة ٨٤٠ من القانون المدني ، وهى التى تقضى بأنه اذا كان بين الشركاء غائب أو كان بينهم من لم تتوافر فيه الأهلية ، وجب تصديق المحكمة على القسمة بعد أن يصبح الحكم نهائيا ، وذلك وفقا لما يقرره القانون) ، فقد اعتبرت أن حكم المادة جاء عملا بالاحالة الواردة بالمادة ٨٤٠ من القانون المدني ، بالرغم من أنها خالفت هذه المادة صراحة .

(٤٩) من هذا رأى : السنهورى ص ١٢٣٥ - احمد سلامة المكية الفردية ص ٣٩٥ - وقارن الصنعة ص ٢٢٩ ، منصور مصطفى منصور ص ١٩٢ فهما يعرضان فقط لحكم المادة ٨٤٠ مدني دون أن يناقشا أمر المادة ٤٠ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ ، والبدرابى ص ١٨٧ فهو رغم عرضه نص المادة ٤٠ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ ينهب الى أن التصديق يكون على الحكم الصادر بالقسمة ، وتوفيق درج ص ١٨٧ فرغم اشارته الى المادة ٤٠ فى هامش (١) ينهب الى ذات الرأى . وقارن أيضا محمد على عرفة ص ١٩١ فهو يقول : (ان عبارة قانون الولاية على المال ليست قاطعة فى الدلالة على معنى دون آخر وقد أشرنا الى ما ناز من خلاف فى ظل التقنين السابق حول تفسير ذات العبارة التى =

وبالترتيب على ذلك فانه يجب اعمال ما تقضى به المادة ٤٠ من
المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ .

فاذا كان بين الشركاء غائب أو محجور عليه للجنون أو العته أو السفه
أو الغفلة أو قاصر مشمول بالوصاية أو بولاية جده لأبيه ، تمنى على المحكمة
الابتدائية التى تتبعها المحكمة الجزئية التى تنظر دعوى القسمة التصديق على
قسمة الأموال الى حصص بعد أن تفصل المحكمة الجزئية فيما يثور بشأنها
من منازعات .

فاذا كان قد أثير أمام محكمة الجزئية نزاع يتعلق بالملكية من اختصاص
المحكمة الابتدائية ، تمنى أن يكون تصديق المحكمة الابتدائية بعد صيرورة
الحكم الصادر فى النزاع على الملكية نهائيا .

وللمحكمة الابتدائية اذا عن لها استجلاء أمر من الأمور أن تدعو
الحصوم لسماع أقوالهم فى جلسة تحدد لذلك .

فاذا صدقت المحكمة الابتدائية على تكوين الحصص استأنفت المحكمة
الجزئية السير فى نظر دعوى القسمة .

أما اذا رفضت التصديق على تكوين الحصص وجب عليها أن تسم
الأموال الى الحصص التى تراها صالحة بعد دعوة الحصص ، وحينئذ تلتزم
المحكمة الجزئية بهذا التقسيم (٥٠) .

= استخدمها قانون الولاية على المال بعد ذلك . وما دام الأمر كذلك فانه
يحسن أن يفهم نص المادة ٤٠ من قانون الولاية على المال على المعنى الذى
يتفق والتقنين المدنى ، إذ لا شك أن المشرع لم يتجه قصده عند اصدار
قانون الولاية على المال الى التعديل فى التقنين المدنى فى هذا الصدد .
فضلا عن أن تفسير المادة ٤٠ على أن المقصود هو التصديق على الحكم الصادر
بإعطاء كل شريك نصيبه ، يجعله شاملا لحالة القسمة بطريقة التجنيب ،
والالتجاء اليها جائز فى القانون المصرى حتى ولو كان بين الشركاء من هو
غير كامل الأهلية) .

(٥٠) وأصبح لا على لأعمال ما يقضى به عجز المادة ٤٠ من المرسوم =

وواضح من صراحة نص المادة ١٠٠٠ متالفة الذكر أن المحكمة الابتدائية تصدق على قسمة الأموال الى حصص ، أى أن مجال تصديق المحكمة الابتدائية عنيما تجرى القسمة عن طريق قسمة المال الى حصص .

الا أن رأيا فى الفقه - نؤيده - ذهب الى أنه لما كان ما يقابل قسمة المال الى حصص فى القسمة بالاقتراع هو تجنب انصبه الشركاء فى قسمة التجنيب فإنه يجب التصديق على تجنب انصبه الشركاء قياسا على التصديق على قسمة المال الى حصص ، ولما كان تجنب انصبه الشركاء يتخلط من الناحية العملية بحكم القسمة ، ولا يفصل بينهما الاقتراع كما هو الأمر فى قسمة المال الى حصص ، فإنه يصح ، القول من الناحية العملية دائما ، أنه فى حالة القسمة عن طريق التجنيب تصديق المحكمة الابتدائية على حكم القسمة الصادر من المحكمة الجزئية بتجنيب انصبه الشركاء (٥١) .

ثانيا : القسمة بطريق التصفية

٩٧ - النص القانوني :

المادة ٨٤١ مدنى :

(اذا لم تكن القسمة عينا ، أو كان من شأنها أحداث نقص كبير فى قيمة المال المراد قسمة ، بيع هذا المال بالطريقة المبينة فى قانون المرافعات ، وتقتصر الزائدة على الشركاء اذا طلبوا ذلك بالاجماع) .

= بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ من أنه يقوم مقام التصديق الحكم الذى تصدره المحكمة (الابتدائية) بوصفها محكمة استئنافية بتكوين الحصص ، بعد ان خلصنا الى عدم جواز استئناف الأحكام الصادرة فى منازعات تكوين الحصص الا مع الحكم النهى لدعوى القسمة .
(راجع فى التفصيل بند ٨٨) .

(٥١) السهورى ص ١٢٣٦ - ويأخذ بهذا الرأى محمد على عرفة ص ١٩٠ وما يطعها هامش (١) ولكن على أساس تفسيره السابق لنص المادة ٤٠ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ (راجع هامش (٤٩) من ذات البند) .

٩٨ - متى تجرى القسمة بطريق التصفية ؟

أوضحنا سلفا أن القسمة بطريق التصفية تكون ببيع المال الشائع بالمزاد العلني ، وتوزيع حصيلة ثمنه على الشركاء فيه كل بقدر حصته .

وقد نصت المادة ٨٤١ مدني على حالتين تجرى فيهما القسمة بطريق التصفية .

الحالة الأولى :

إذا لم يكن قسمة المال الشائع عينا ، إذ في هذه الحالة يكون نوي القسمة العينية اتلاف لنمال الشائع ، كان يكون المال حيوانا أو سيارة أو قطعة من الخلي .

الحالة الثانية :

إذا كانت قسمة المال الشائع عينا ممكنة ، ولكن من شأنها أحداث نقص كبير في قيمته . كما لو كان المال الشائع قطعة أرض معدة للبناء ، ولو قسمت لأصبح كل جزء منها صغيرا الى حد لا يسمح بالبناء فيه ، أو لا يسمح الا ببناء مبان صغيرة ، أو كان منزلا معدا لسكنى أسرة واحدة .

ولقاضي الموضوع سلطة مطلقة في تقدير ما إذا كان المال يقبل القسمة عينا دون أن يلحقه نقص كبير في قيمته أو أنه بالعكس لا يمكن قسمته عينا ، فيُسَر ببيعه في المزاد^(٥٢) .

٩٩ - المحكمة المختصة بإجراء القسمة بطريق التصفية :

يمكن القول أن الحكم ببيع المال الشائع بالمزاد هو نتيجة دعوى القسمة أو هو انتقصة بعينها إذ المراد منه التخلص من الاشتراك وقسمة

(٥٢) محمد علي عرفة ص ٤٤٠ وتقض فرنسي في ٢٢ أكتوبر ١٩٤٥ الذي أشار اليه بياض رقم (١) .

التمن • ومن ثم فإن المحكمة الجزئية المختصة بإجراء القسمة عيناً هي المختصة بالحكم ببيع المال الشائع بالمزاد (٥٣) •

• • ١ - الحكم ببيع المال الشائع بالمزاد :

إذا رأت المحكمة الجزئية أن القسمة العينية غير ممكنة ، أو كان من شأنها أحداث قصص كبير في قيمة المال المراد قسمته ، أصدرت حكماً بإجراء بيع المال الشائع بالمزاد • وتقف المحكمة في حكمها عند هذا الحد •

كيفية إجراء البيع :

١ • ١ - أولاً : بالنسبة للعقار :

أحالت المادة ٨٤١ مدنى الى قانون المرافعات فى الطريقة التى يباع بها المال الشائع •

وقد نصت المادة ٤٦٤ مرافعات على أنه إذا أمرت المحكمة ببيع العقار المملوك على الشريع لعدم امكان القسمة بغير ضرر يجرى بيعه بطريق المزايدة على قائمة بشروط البيع يودعها قلم كتاب المحكمة الجزئية المختصة من يمتيه التمجيل من الشركاء •

وتشتمل قائمة شروط البيع على البيانات الآتية :

١ - تعيين العقار الشائع ببيان وصفه وموقعه ومساحته وحدوده وأرقام القطع وأسماء الأحواض ورتبها التى يقع فيها وغير ذلك مما يفيد فى تعيينه وذلك بالتطبيق لقانون الشهر العقارى (مادتان ٤٠١ ، ٤٦٠ مرافعات) •

٢ - شروط البيع والتمن الأساسى ويكون تحديد هذا التمن وفقاً

للفقرة الأولى من المادة ٣٧ مرافعات (٥٤) .

٣ - تجزئة العقار الى صفقات اذا اقتضت الحال مع ذكر الثمن الأساسى لكل صفقة .

٤ - بيان مستندات الملكية .

٥ - بيان جميع الشركاء وموطن كل منهم .

(م ٤٦٥ مرافعات) .

وترفق بقائمة شروط البيع المستندات الآتية :

١ - شهادة ببيان الضريبة العقارية او عوائد المباني المقررة على العقار .

٢ - مستندات الملكية .

٣ - صورة من الحكم الصادر بإجراء البيع .

٤ - شهادة عقارية عن مدة عشر السنوات السابقة على ايداع القائمة .

(مادتان ٤٦١ ، ٤٦٥ مرافعات) .

ويحدد فى محضر الايداع تاريخ جلسة الاعتراضات وتاريخ جلسة

البيع (مادة ٤١٤ مرافعات) .

ويخير قلم الكتاب بايداع قائمة شروط البيع كلا من الدائنين المرتهنين

وهنا حيازيا أو رسميا واصحاب حقوق الاختصاص والامتياز وجميع الشركاء

(٥٤) تنص المادة ١/٣٧ مرافعات (معدلة بالقانون رقم ٢٣ لسنة

١٩٩٢) على أن يراعى فى تقدير قيمة الدعوى ما يأتى :

١ - الدعوى التى يرجع فى تقدير قيمتها الى قيمة العقار يكون تقدير هذه القيمة باعتبار ثلاثمائة مثل من قيمة الضريبة الأصلية المربوطة عليه اذا كان العقار مبنيا ، فان كان من الأراضى يكون التقدير باعتبار مائتى مثل من قيمة الضريبة الأصلية .

فاذا كان العقار غير مربوط عليه ضريبة قدرت المحكمة قيمته .

فى المال الشائع ، ويكون لهؤلاء ابداء ما لديهم من أوجه البطلان والملاحظات على شروط البيع بطريق الاعتراض على القائمة (مادتان ٤٦٢ ، ٤٦٦ مرافعات) .

١٠٣ - حالة الى احكام قانون المرافعات فى بيان باقى احكام البيع :

لما كان بيع العقار من المسائل التى تدخل فى نطاق احكام قانون المرافعات ، فاننا نحيل الى احكام هذا القانون فى بيان باقى الأحكام التفصيلية للبيع .

ونكتفى هنا بالاشارة الى أمرين :

الأول : ما نصت عليه المادة ٤٦٨ مرافعات من أنه : (تطبق على بيع العقار لعدم امكان قسمته وعلى بيعه اختيارا الأحكام المقررة لبيع عقار الخفس وعديم الأهلية والغائب فيما عدا اخبار النيابة العامة بإيداع قائمة شروط البيع) ، وينبنى على ذلك سريان القواعد المتعلقة باجراءات بيع العقار بناء على طلب الدائنين المنصوص عليها فى الفرعين الثالث والرابع من الفصل الثالث من الباب الثالث - الكتاب الثانى - من قانون المرافعات وذلك عملا بالمادة ٤٦٣ التى تقضى بأن : (تطبق على انبيوع المشار اليها فى المادة ٤٥٩(٥٥) القواعد المتعلقة باجراءات بيع العقار بناء على طلب الدائنين المنصوص عليها فى الفرعين الثالث والرابع من الفصل الثالث) .

الثانى : أنه يسرى على البيع الأحكام الخاصة بزيادة العشر المنصوص عليها فى المادة ٤٤٠ مرافعات التى تقضى بأن :

(يجب على من يتمتع انقاض عطاءه أن يودع حال انعقاد الجلسة كام

(٥٥) تنص هذه المادة على أن : (بيع عقار الخفس وعشار عديم الأهلية المأذون ببيعه وعقار الغائب بطريق المزايعة يجرى بناء على قائمة شروط البيع التى يودعها قلم كتاب المحكمة المختصة وكيل الدائنين أو النائب عن عديم الأهلية أو الغائب) .

التمن الذي اعتمد والمصاريف ورسوم التسجيل . وفي هذه الحالة تحكم المحكمة بايقاع البيع عليه .

فان لم يودع التمن كاملا وجب عليه ايداع خمس التمن على الأقل والا أعيدت المزايدة على ذمته في نفس الجلسة .

وفي حالة عدم ايداع التمن كاملا يؤجل البيع .

واذا اودع المزايد التمن في الجلسة التالية حكم بايقاع البيع عليه الا اذا تقدم في هذه الجلسة من يقبل الشراء مع زيادة العشر مصحوبا بكامل التمن المتزاد ، ففي هذه الحالة تعاد المزايدة في نفس الجلسة على أساس هذا التمن . فاذا لم يتقدم أحد للزيادة بالعشر ولم يتم المزايد الأول بايداع التمن كاملا وجبت إعادة المزايدة فورا على ذمته ، ولا يعتد في هذه الجلسة بأي عطاء غير مصحوب بكامل قيمته .

ولا يجوز بأي حال من الأحوال أن تشمل قائمة شروط البيع على ما يخالف ذلك) .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

(في حانة بيع العقار بالمحكمة لتعذر قسمته بين الشركاء يجوز لكل أحد استئناف المزايدة بالتقرير بزيادة العشر سواء أكان من أرباب الديون المسجلة أو من الدائنين بسند واجب التنفيذ أم لم يكن) .

• طعن رقم ١٠٤ لسنة ١٦ ق - جلسة ١٩٤٧/١١/٦ »

١٠٣ - جواز قصر المزايدة على الشركاء :

الأصل في المزايدة أن تكون مفتوحة أمام الجميع فيسمح للشركاء في المال الشائع وغيرهم بالتقدم في المزايدة ، غير أن المادة ٨٤١ مدني تضمنت حكما جديدا حين قررت أنه يجوز أن تقتصر المزايدة على الشركاء اذا طلبوا ذلك بالإجماع . فيشترط إذن إجماع الشركاء ، فاذا خرج واحد

منهم على هذا الاجماع وجب فتح باب المزايدة للجميع دون أن يقصر على الشركاء(٥٦) .

وقد يدهو الشركاء الى قصر المزايدة عليهم رغبتهم في الاحتفاظ بملكية الأسرة خاصة اذا كان المال الشائع قد آل اليهم بطريق الميراث .

فاذا قصرت المزايدة على الشركاء ورست المزايدة على أحدهم ، اعتبر رسو المزاد قسمة بين الشركاء ، وترتب على حكم مرسى المزاد جميع الآثار التى تترتب على حكم القسمة ، وأهمها اعتباره كاشفا لحق الشريك انراى عليه المزاد لا متشنا له .

أما اذا كان المزاد مفتوحا أمام الشركاء وغير الشركاء ، ورسا المزاد على أحد الشركاء اعتبر رسو المزاد قسمة ، أما اذا رسا على أجنبى اعتبر أيضا قسمة فيما بين الشركاء ، وبما فى علاقة الشركاء بالراسى عليه المزاد(٥٧) .

١٠٤ - ثانيا : بالنسبة للمنفول :

لم ينص قانون المرافعات على اجراءات خاصة لبيع المال لعدم امكان قسمته الا اذا كان المال عقارا ، وعلى ذلك اذا كان المال الشائع المراد بيعه لعدم امكان قسمته منقولاً وجب اتباع الاجراءات الخاصة ببيع المنقولات التى يوقع الحجز عليها لدى المدين المنصوص عليها فى قانون المرافعات ، فيما عدا

(٥٦) وقد اقترح امام لجنة القانون المدنى بمجلس تشييوخ اطلاق المزايدة يدخلها الشركاء وغير الشركاء حتى تتحقق مصلحة جميع الشركاء ويمتنع بذلك اتفاقهم على باطل اضرارا بغيرهم من الشركاء أو الدائنين . ولكن وجه الدكتور السنهورى النظر الى أن من شأن هذا النص ابقاء المال فى العائلة ، أما الدائنون فحقوقهم مكفولة بالمادة التالية (٨٤٢) وأضاف أنه ما دام جميع الشركاء قد اتفقوا على بيع المال الشائع بينهم فهم وشأنهم ولو كان فى اتفاقهم هذا ضرر بمصلحتهم ما دام لا يمس المصلحة العامة (مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٦ ص ١١٧) .

(٥٧) السنهورى ص ٢١٧ - البدرأوى ص ١٨٨ وما بعدها - عرفة ص ٤٣٩ .

ما لا يتفق من هذه الاجراءات والفرض المتصور من البيع (٥٨) -

١٠٥ - هل يلزم استئذان المحكمة في قصر الزيادة على الشركاء اذا كان بينهم غائب أو من هو ناقص الأهلية ؟

إذا قصر الشركاء في المال الشائع الدخول في الزيادة عليهم ، وكان بينهم غائب أو من هو ناقص الأهلية ، وجب على النائب عن الغائب أو ناقص الأهلية استئذان المحكمة المختصة (دائرة الأحوال الشخصية للولاية على المال) على قصر الزيادة على الشركاء لأن ذلك لا يعتبر من أعمال الإدارة المعتادة ، بل يعتبر اتفاقاً بشأن القسمة وهي من أعمال التصرف ، فضلاً عن خطورة هذا الاتفاق (٥٩) .

١٠٦ - قسمة الثمن بين الشركاء :

إذا تمت القسمة بطريق التصفية ببيع المال الشائع بالزاد ، فإن الثمن يقسم بين الشركاء بنسبة حصصهم ، ويكون ذلك بناء على دعوى ترفع إلى المحكمة الجزئية المختصة .

١٠٧ - هل يلزم تصديق المحكمة الابتدائية على الحكم الصادر بتقسيم الثمن على الشركاء المتستاعين اذا كان بينهم غائب أو من هو

ناقص الأهلية ؟

يترتب على الحكم الصادر بتقسيم الثمن على الشركاء المتستاعين آثار القسمة ، سواء قصرت الزيادة على الشركاء أو سمح بدخول أجنبي فيجب تصديق المحكمة الابتدائية على الحكم إذا كان من بين الشركاء غائب أو ناقص الأهلية (٦٠) .

(٥٨) السنهوري ص ١٣١٦ هامش (٢) - منصور مصطفى منصور ص ١٩٣ - جميل الشراوى ص ١٦١ هامش (٣) .
(٥٩) السنهوري ص ١٢١٧ وما بعدها - منصور مصطفى منصور ص ١٣٣ - اسماعيل غانم ص ٢٢٥ وما بعدها .
(٦٠) السنهوري ص ١٢١٨ هامش (٢) - اسماعيل غانم ص ١٩٣ -

وقف المحكمة لدعوى القسمة مدة لا تتجاوز خمس سنوات :

١٠٨ - النص القانوني :

مادة ٤١ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بإحكام الولاية

على المال :

(إذا رفعت دعوى القسمة على القاصر أو المحجور عليه أو الغائب من وارث آخر جاز للمحكمة بناء على طلب من ينوب عنه أو بناء على طلب النيابة العامة أن توقف القسمة مدة لا تتجاوز خمس سنوات إذا ثبت لهسا أن في التعجيل بها ضررا جسيما) .

١٠٩ - الدعوى التي يجوز وقفها :

الدعوى التي يجوز وقفها هي دعوى القسمة التي ترفع على القاصر أو المحجور عليه أو الغائب من وارث آخر ، فالمادة تتناول حالة التسريع الناشئة عن الميراث في أموال بخصوصها ، فلا يطبق الحكم الوارد بالمادة على القسمة التي تكون نتيجة للتصفية كما هو الشأن في الشركات (١١) .

١١٠ - مبررات وقف دعوى القسمة :

استقى الشارع حكم المادة (٤١) من القانون المدني الايطالي وقد أريد منه - على ما أفصحته عنه المذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ - (دفع كل ضرر جسيم قد يلحق بمصالح المحجور عليه أو الغائب من جراء التعجيل بقسمة المال الشائع ٠٠٠ فمن المروى ما تكون فيه قسمة المال الشائع ضارة كل الضرر بمصالح القاصر لما هو الشأن لو عطلت أثمان العقارات هبوطا جسيما في فترة من الفترات وكان مال

= وعكس ذلك محمد علي عرفة ص ٤٣٧ إذ يذهب الى أنه لا محل للتصديق في حالة القسمة بطريق التصفية لأن القسمة لا تتم الا بعد بعد التصفية ويكره محلها الثمن الذي يرسو به المال في الزاد ، ومن ثم فلا يكون لمن يتضرر من الحكم المذكور الا استثنائه اذا كان قابلا للاستئناف .

(١١) المذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ .

هذا المال البيع لعدم امكان القسمة أو البيع. بضمن بخس بعد القسمة وكما هو الشأن فى الحالات التى يكون فيها بقاء انشيوخ ضمانا لحسن استغلال العين الشائعة بما فى ذلك نصيب القاصر ويتحقق ذلك فى الاراضى الزراعية مثلا عندما يكون شركاء القاصر من المتخصصين فى الزراعة ويكون هو من قطان المدن كما يتحقق فى حالة ما اذا كان القاصر شريكا فى متجر أو فى مصنع يتولى ادارته أحد الشركاء . وغنى عن البيان أن فى النص الجديد تقييدا لحق الشركاء فى طلب انقسمة بيد أن إيراد هذا التقييد لا يتنافى مع القواعد العامة المقررة فى القانون المدنى فقد نصت المادة ٨٣٤ من القانون المدنى على أن لكل شريك أن يطالب بقسمة المال الشائع ما لم يكن مجبرا على البقاء فى الشئع بمقتضى نص أو اتفاق خاص . وما من شك فى أن نص المشروع على تقييد حق الشريك فى طلب قسمة العقار الذى يكون أحد المشتاعين فيه قاصرا أو ناقص أهلية بوجه عام روعى فيه حماية مصلحة القاصر وهى مصنعة أقل من أن تتعارض مع مصالح الشركاء الباقين ولا سيما متى لوحظ أن هذا التقييد مؤقت لا تتجاوز مدته خمس سنوات) .

١٩١ - مدة وقف دعوى القسمة :

لا يجوز للمحكمة التى تنظر دعوى القسمة أن توقف الدعوى أكثر من خمس سنوات مبلادية .

ومدة خمس السنوات يجب أن تقتصر على مدة القصر أو الحجر أو الغيبة . أما اذا بنى القاصر أو رفع الحجر أو حضر الغائب قبل انتهاء هذه المدة فلا شك فى أن وقف الاجراءات يزول بزوال مقتضاها (٦٢) .

١٩٢ - صاحب الحق فى طلب وقف دعوى القسمة :

شرح وقف الدعوى لصانع ناقص الأهلية والغائب ورعاية لهم ، ومن

(٦٢) المذكرة الايضاحية للمرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ .

ثم - كما نصت المادة - يكون طلب وقف الدعوى من النائب عن ناقص الأهلية وللنيابة العامة باعتبارها قائمة على رعاية شئون القصر .
ومن ثم لا يقبل طلب وقف الدعوى من غير النائب عن ناقص الأهلية أو الغائب أو النيابة العامة .

١١٣ - القضاء بوقف الدعوى جوازي :

وقف الدعوى جوازي للمحكمة ويخضع لتقديرها ، فإذا رأت أن الوقف في صالح ناقص الأهلية قضت به ، والا رفضت الطلب ومضت في نظر دعوى القسمة .

موضوع رقم (٥) تدخل الدائنين فى القسمة

١١٤ - النص القانونى :

المادة ٨٤٣ مدنى :

(لدائنى كل شريك أن يمارسوا فى أن تتم القسمة عينا ، أو أن يباع المال بالمزاد بغير تدخلهم ، وتوجه المعارضة إلى كل الشركاء ، ويترتب عليها الزامهم بأن يدخلوا من عارض من الدائنين فى جميع الاجراءات ، والا كانت القسمة غير نافذة فى حقهم ويجب على كل حال ادخال الدائنين المقيدة حقوقهم قبل رفع دعوى القسمة .

أما اذا تمت القسمة ، فليس للدائنين الذين لم يتدخلوا فيها أن يطعنوا عليها الا فى حالة الغش) .

١١٥ - مصلحة الدائنين فى المعارضة فى القسمة :

للدائنين مصلحة فى المعارضة فى القسمة حتى يقوم الشركاء فى الشروع بادخالهم فى اجراءات القسمة ، ذلك للدائنين مصلحة جديده فى هذا الادخال ، اذ قد يقبض فيها أحد الشركاء المدينين فيقل ضمان الدائنين ، كما أنه من المتصور أن يتواطئ الشركاء المتقاسمون اضراراً بدائنينهم أو بدائنى واحد منهم ، ومن الممكن أن يقع هذا الاضرار فى فروض متعددة :

فقد يدعى الشركاء فى تركة أن شريكهم المعسر مديننا لمورثهم توطئة لحسم هذا الدين الصورى من حصته المينية ثم يدفعون اليه الفرق خفية لتكتملة نصيبه الحقيقى .

أو يكون الشريك المدين قد تصرف فى حصة شائئة أو فى جزء مفرز

من عقار معين ، فيتفق مع الشركاء الآخرين على إيقاع هذا العقار في نصيب شريك آخر حتى يموتوا على المشتري غرضه من الصفقة .

كما قد يصح الشركاء أن يقدم الجزء المقرض من المال الشائع المرهون للدائن في نصيب أحد الشركاء الآخرين ، فيتحول الرهن من المال محل الرهن إلى مال آخر على غير إرادة ورغبة الدائن المرتهن .

كما قد يتفق الشركاء على أن يقع في نصيب الشريك المدين أموالا غير قابلة للجبر أو سهلة الاختفاء كالنقد والمنقولات والأوراق المالية .

وفي حالة البيع بطريق التصفية ، قد يتفق الشركاء على قصر المزايدة عليهم ، رغم أن في دخول أجنبي المزايدة فرصة لارتفاع الثمن الذي يرسو به المزاد فيرتفع ضيق الدائنين .

ولذلك هيأ القانون لدائني الشركاء ما يمكنهم من منع هذا الإضرار والتواطؤ قبل وقوعه ، وكذلك تفادي نتائجها إذا تمت القسمة منظوية على توافق بقصد الإضرار بالدائن ، لأن هذا الدائن لو ترك لحكم القواعد العامة فإنه لا يكون أمامه سوى العطن في القسمة بالدعوى البوليصة ، وليس باليسر اثبات شروطها .

١١٦ - الدائنون الواجب ادخالهم :

الدائنون الذين يجب ادخالهم في دعوى القسمة هم دائنو كل شريك ، يستوى أن يكون دائن الشريك دائنا شخصيا أو دائنا ذا حق مقيد كالدائن المرتهن رسميا أو حيازيا أو صاحب حق الاختصاص أو الامتياز . وفي الحالة الأخيرة يستوى أن يكون الحق المقيد واقعا على المال الشائع المراد قسمته ، أو واقعا على غيره من أموال الشريك (١) . ويجوز أن يكون حق الدائن مقترنا بأجل أو معلقا على شرط .

انما لا يعتبر دائننا من يدعى استحقاق المال الشائع وليست له مصلحة في التدخل في القسمة اذ هي غيير نافذة في حقه اذا اثبت استحقاقه .

١١٧ - ادخال الدائنين مقصور على القسمة القضائية :

الرأى السائد^(٢) أن ادخال الدائنين في القسمة عملا بنص الفقرة الأولى من المادة ٨٤٢ مدني مقصور على القسمة القضائية ، فلا يترتب على معارضة الدائن الزام الشركاء بادخاله في القسمة الاتفاقية ، وذلك استنادا الى عبارة النص حيث يحدد المشرع الدائنين الذين يجب على الشركاء ادخالهم بقوة القانون بقوله : (المقيدة حقوقهم قبل رفع دعوى القسمة) ، كما أن المذكرة الايضاحية للنص تقول تطبيقا على الفقرة الثانية من المادة (أما اذا تمت القسمة دون تدخل من الدائنين ، أو كانت القسمة عقدا ، فليس للدائنين أن يطعنوا في القسمة الا بطريق الغش في الحالة الأولى أو بطريق الدعوى البوليصية في الحالة الثانية)^(٣) .

وعلى ذلك فانه طبقا لهذا الرأى السائد ليس امام الدائنين اذا تمت القسمة اتفاقا إلا أن يطعنوا في عقد القسمة وفقا للقواعد العامة بدعوى عدم نفاذ التصرف أي الدعوى البوليصية اذا توافرت شروطها^(٤) .

(٢) محمد كامل مرسى ص ٢٣٣ - محمد علي عرفة ص ٤٤٠ - عبد النعم البدراوى ص ١٩٠ - جميل الشرفاوى ص ١٥٨ - عبد النعم الصده ص ٢٣٣ ، وان كان ينتقد الحل الذى أخذ به الشارع بقوله : (اذ ان حاجة الدائنين الى الحماية بتحويلهم حق المعارضة ألزم في القسمة الاتفاقية منها في القسمة القضائية) -

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٦ ص ١٢٠ .

(٤) عكس ذلك : السنهوري ص ١٢٤٠ وما بعدها - منصور مصطفي منصور ص ١٩٦ وما بعدها - أحمد سلامة ص ٣٦٨ - محمد علي عمران ص ٣٣٠ هامش (١) - توفيق فرج ص ١٨٨ . وينهب الدكتور السنهوري الى القول (٠٠٠) ومع ذلك يفهم من المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى =

١١٨ - كيفية معارضة الدائنين في القسمة :

لم يشترط القانون شكلا معينا في معارضة الدائنين في القسمة (٥) .
وكل ما اشترطه هو أن توجه المعارضة الى جميع الشركاء بما فيهم الشريك
المدين . وبالترتيب على ذلك يلغى أن تحصل المعارضة ان علم الشركاء بأى
طريق كان .

فيجوز أن تكون باعلان على يد محضر - وهو الأفضل - أو بكتاب

= تهذا النص قصر تدخل الدائنين على انقسمة القضائية دون القسمة الاتفاقية،
اذ ورد في هذه المذكرة ما يأتي : (أما اذا تمت انقسمة دون تدخل من
الدائنين ، أو كانت انقسمة عقدا . فليس للدائنين ان يطعنوا في القسمة
الا بطريق الفسخ في الحالة الأولى ، أو بطريق الدعوى البوليصة في الحالة
الثانية) ولكن ما ورد في المذكرة الايضاحية في هذا الشأن ليس من شأنه
أن يقيد من اطلاق النص . وقد اضيفت في لجنة الشئون التشريعية لمجلس
النواب ، الى آخر الفقرة الأولى ، العبارة الآتية : (ويجب على كل حال ادخال
الدائنين المقيمة حقوقهم في الاجراءات) ، والعبارة على هذا النحو يمكن أن
تنطبق على القسمة الاتفاقية انطباقها على القسمة القضائية ، فبقى النص
غير متمحض للقسمة القضائية . ولكن وقع بعد ذلك في لجنة مجلس
الشيوخ أن عدلت - بطريقة عارضة - العبارة المضافة فأصبحت : (ويجب
على كل حال ادخال الدائنين المقيمة حقوقهم قبل رفع دعوى القسمة) ،
وكاد النص بهذا التعديل سيتخذ للقسمة القضائية ولما كانت القسمة
القضائية ليست أولى من القسمة الاتفاقية بتدخل الدائنين ، بل لعل القسمة
الاتفاقية وهي خالية من ضمانات القسمة القضائية أحوج الى هذا التدخل ،
لذلك يحسن التوسع في تفسير النص بما يجعله شاملا للقسمة القضائية
والقسمة الاتفاقية . ويدعى من الدائنين المقيدين ، في القسمة الاتفاقية ،
الدائنون المقيدون قبل إبرام هذه القسمة ، قياسا على دعوة الدائنين
المقيدين قبل رفع دعوى القسمة في حالة القسمة القضائية . وليس في
مبادئ تفسير النصوص التشريعية ما يمنع من هذا التوسع ، ما دامت
حكمة تدخل الدائنين في القسمة القضائية متوافرة تماما ، بل هي أكثر
توافرا في القسمة الاتفاقية كما قدمنا هذا الى أن نص المادة ٨٨٢ من
التقنين المدني الفرنسى ، وهو النص الذى استقى منه نص المادة ٨٤٢ من
التقنين المدني المصرى لا خلاف في انطباقه على كل من القسمة القضائية
والقسمة الاتفاقية) .

(٥) كامل مرسى ص ٢٢٢ - محمد على عرفة ص ٤٤٠ - منصور
مصطفى منصور ص ١٩٥ .

مسجل مصحوب بملء الوصول ، أو بكتاب مسجل ، أو بكتاب عاوى الى كل من الشركاء ، يبدى فيه الدائن معارضته فى اجراء القسمة فى غير حضوره . كما يجوز أن تكون المعارضة شفوية ، ولكن الدائن يلتزم فى هذه الحالة بتحليل اثبات معارضته .

وتعتبر معارضته كافية أن يحصل الدائن من مدينه أو من أى شريك آخر علم . وعد بالآ تجرى قسمة المال الشائع بدون تدخل الدائن ، بشرط أن يعلن الدائن هذا الوعد الى جميع الشركاء (٦) .

ولا يكفى مجرد علم الشركاء بدائن شريكهم ، ولكن اذا تعهد المدينون الشركاء لدائنهم فى عقد المديونية ، بأن يدعوه للتدخل فى قسمة المال الشائع قام هذا التعهد مقام المعارضة بالنسبة الى هؤلاء الشركاء (٧) .

واذا وجهت المعارضة الى بعض الشركاء دون البعض ، لم يكن لها اثر بالنسبة الى الشركاء الذين وجهت اليهم المعارضة لأن القسمة لا تتجزأ .

ومعارضة الدائنين عمل من الأعمال التحفظية فيكفى أن تتوافر فى الدائن أهلية القيام بأعمال الادارة واذا لم يعارض الدائن فى القسمة على نحو ما تقدم ، فانه يجوز له بعد رفع دعوى القسمة أن يتدخل فى الدعوى منضمًا الى مدينه (٨) . ويكون التدخل بالطريق الذى رسمته المادة ٢٦ مرافعات التى تجرى على أن :

() يجوز لكل ذى مصلحة أن يتدخل فى الدعوى منضمًا لأخذة الخفوم او طالبًا الحكم لنفسه بطلب مرتبط بالدعوى .

ويكون التدخل بالاجراءات المعتادة لرفع الدعوى قبل يوم الجلسة او

(٦) السنهورى ص ١٢٤٣ هامش (١) .

(٧) السنهورى ص ١٢٤٣ هامش (١) .

(٨) الصنعة ص ٢٢٢ - منصور مصطفى منصور ص ١٩٥ .

يطلب يقدم شفاهاً في الجلسة في حضورهم ويثبت في محضرها ولا يقبل التدخل بعد اقفال باب المرافعة (٩) .

١١٩ - معاد المعارضة :

لم يحدد القانون ميعداً لمعارضة الدائنين في القسمة القضائية ، ومن ثم فإنه يجوز أن تتم هذه المعارضة بمجرد علم الدائن بأن للمدين حصة في مال شائع ، ويستمر حق الدائن في المعارضة قائماً حتى تصدر المحكمة حكماً في دعوى القسمة أى بإعطاء كل شريك نصيبه المقر الذي اختص به في القسمة ، أو بتقسيم الثمن الذي يبيع به المال الشائع على الشركاء .

أما إذا صدر الحكم في دعوى القسمة فإنه لا يجوز للدائنين الذين لم يتدخلوا فيها أن يطعنوا عليها إلا في حالة الفسخ (١٠) .

١٢٠ - أثر معارضة الدائنين في القسمة :

إذا عارض الدائنون في القسمة على النحو السالف ، وجب على الشركاء في المال الشائع ادخال من عارض منهم في جميع اجراءات القسمة ، سواء أكانت القسمة عينية أم بطريق التصفية .

١٢١ - ادخال الدائنين المقيدة حقوقهم قبيل رفع دعوى القسمة ولو لم يعارضوا في القسمة :

(٩) ويذهب الدكتور السنهوري وهو من انصار الرأي القائل بإيجاب ادخال الدائنين في القسمة الاتفاقية - أن التدخل في القسمة الانشائية يكون بأن (يتقدم الدائن الى الشركاء متدخلًا في القسمة ، طالباً مثلاً أن يراقب أعمال الخبير الذي قد يكون الشركاء عينوه لاجراء القسمة ، أو أن يتابع مراحل المفاوضات فيما بين الشركاء الى أن يبرموا عقد القسمة ، أو أن يثبت فيما إذا اتفق الشركاء على بيع المال الشائع بالمزاد من أنه حصل اعلان كاف عن البيع ومن أن اجراءات البيع سليمة وما الى ذلك) ص ١٢٤٥ .

(١٠) محمد كامل مرسي ص ٢٣٢ - عرفة ص ٤٤٢ .

نصت المادة ٨٤٢/١ مدني على أن : (ويجب على كل حال ادخال الدائنين المقيدة حقوقهم قبل رفع دعوى القسمة) *

فيجب على الشركاء ادخال الدائنين المقيدة حقوقهم قبل رفع دعوى القسمة سواء عارضوا في القسمة أم لم يعارضوا ، فدعوتهم واجبة في كل الاحوال *

وهؤلاء هم الدائنون الذين تقرر لهم حق عيني تبني على حصة مدينهم الشائعة في المقار ، وتم قيد حقوقهم قبل رفع دعوى القسمة ، ويدخل فيهم الدائن الذي تقرر له رهن على جزء مفرد من المقار الشائع ، اذا توصل الى قيد حقه (١١) *

ومثل هؤلاء الدائن المرتين رهنا رسميا أو حيازيا أو صاحب حق الاختصاص أو الامتياز على المال الشائع *

وقد أضيفت العبارة السابقة التي أتت بهذا الحكم الى عجز الفقرة الأولى من المادة ٨٤٢ بلجنة الشئون التشريعية بمجلس النواب وذلك - على ما أفصح عنه تقرير اللجنة - (حفظا لحقوق الدائنين المسجلين حتى لا تتم قسمة المال الشائع في غيبتهم) (١٢) *

واقصر النص على ادخال الدائنين المقيدة حقوقهم قبل القسمة لأنه يمكن معرفتهم عند رفع الدعوى ، ولتفادي اجراءات القسمة للبطلان اذا لم يدخل الشركاء دائنين مقيدين مع أن ديونهم لم تقيد الا خلال الاجراءات أو عندما تشرف على النياية *

ومع ذلك فلا ضرر على هؤلاء الدائنين لأن لهم الحق دائما في التدخل في الاجراءات من تلقاء انفسهم * وعلى ذلك فالقانون لا يلزم الشركاء في المال

(١١) الصلة ص ٢٤٢ وما بعدها *

(١٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٦ ص ١٢١ *

الشائع - إدخال هؤلاء الدائنين في القسمة (١٣) -

ويرى الفقه - بحق - قياس حالة المتصرف إليه في جزء مفرز من البقار الشائع إذا كان قد سجل عقده قبل رفع دعوى القسمة على حال الدائن صاحب الحق المقيد قبل رفع الدعوى من حيث وجوب ادخاله في دعوى القسمة باعتباره دائناً للشريك (١٤) .

١٢٢ - أثر إدخال الدائنين في دعوى القسمة :

إذا أدخل الشركاء في المال الشائع الدائنين في دعوى القسمة أو تدخلوا هم فيها ، كان الدائنون طرفاً في جميع إجراءات القسمة ، فلا يجوز مباشرة إجراءات دعوى القسمة بعد ادخالهم أو تدخلهم الا في مواجهتهم .

ويكون دور الدائنين في الدعوى هو أن يطلبوا سير إجراءاتها في الطريق السوي ، فيتلافى الدائنون ما يلحق بمدينهم من غبن ، أو حدوث تواطؤ بين الشريك المدين وباقي الشركاء على الاضرار بهم على النحو الذي أوضحناه سلفاً . فليهم مثلاً أن يطلبوا أن تكون الحصص متساوية في قيمتها أو أن يعطى كل شريك نصيبه بطريق الاقتراع لا بطريق التجنيب غير أنه لا يجوز للدائن توجيه إجراءات القسمة وفق مصلحته ، فلا يجوز له بيع المال في الزاد بدلاً من قسمته عينا إذا كانت القسمة العينية ممكنة دون ضرر يلحق بقيمة المال الشائع ، أو يطلب أن يختص مدينه بكامل حصته عينا .

ولا يجوز له منع مدينه من التصرف في حصته أو ترتيب حقوق عينية عليها لأن المعارضة أو التدخل ليس من شأنه أن يجعل حصة الشريك

(١٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٦ ص ١٢٢ .

(١٤) السنهوري ص ١٢٤٥ - منصور مصطفى منصور ص ١٩٦ - جميل الشرقاوى ص ١٥٧ - عبد المنعم الصلحة ص ٢٣٣ وما بعدها .

المدين غير قابلة للتصرف فيها ، مع احتفاظ الدائن بحقه في رفع الدعوى
البوليصة .

أما اذا حصلت القسمة بطريق التصفية ، فللدائن أن يطلب قبول
الأجانب في المزايدة ، حتى لو اتفق الشركاء جميعا على قصرها عليهم ، ذلك
أن المحكمة من ادخال الدائنين هي الميولولة دون تواطؤ الشركاء للاضرار
بحقوقهم . فاذا أبيع للشركاء الاتفاق على استبعاد الأجانب من المزايدة
سهل لهم ذلك سبيل التواطؤ الذي عمل الشارع على حمايتهم منه ، فليس
عسيرا على الشركاء في مثل هذه الحالة أن يتفقوا على جعل المزايدة صورية
بحته حتى يرسو المزاد على أحدهم بأبخس الأثمان ، ثم يسبون علاقتهم فيما
بينهم بمد ذلك من وراء ظهور الدائنين(١٥) .

ويذهب رأى في الفقه الى أن معارضة الدائنين تعتبر بمثابة حجز
ما لديهم لدى الغير ، فاذا تمخضت القسمة عن وقوع دين مستحق في
ذمة الغير ، أو معدل تقدي مستحق على أحد الشركاء في حصة مدينهم ، فلا
يجوز الوفاء بالدين أو بالمعدل لهذا الشريك ، بل يتعين الوفاء به للدائنين
المعارضين ، وإن القول بغير ذلك يؤدي الى اهدار الحماية التي أسبغها القانون
على هؤلاء المدينين(١٦) ، واستطرد بعض أنصار هذا الرأي أن المادة ٥٥٨
من القانون المختلط كانت تنص على ذلك ، فقد جاء فيها : (المعارضة
الحاصلة منهم « أى من أرباب الديون على الشركة أو من أرباب الديون التي

(١٥) عرفة ص ٤٤١ - السنهوري ص ١٢٤٥ وما بعدها - وقد ذهب
الدكتور السنهوري - وهو من القائلين بوجوب تدخل الدائنين في القسمة
الاتفاقية - الى أنه لا يجوز للدائنين أن يطلبوا أن تكون القسمة قضائية اذا
اتفق الأطراف على إجراء قسمة اتفاقية .

(١٦) محمد كامل مرسى ص ٢٣٢ وما بعدها ، ونقض فرنسي ١٠
يونيه ١٩٠٢ المشار اليه بالمؤلف السابق ص ٢٣٣ هامش (١) - محمد علي
عرفة ص ٤٤١ وما بعدها .

على أحد المتقاسمين ، تحت يد المتقاسمين الآخرين . تعتبر بمثابة حجز
ما للمدين لدى الغير) .

ويؤخذ على هذا الرأي أنه يرتب على مازضة الدائنين أثرا لم ينص
عليه القانون لا سيما وأنه لا يطلب فيها اتخاذ إجراءات الحجز (١٧) .

كما يلاحظ أن هذا الرأي قد يبرره في فرنسا أنه ليس لدائن الشريك
أن يحجز على حصته الشائعة (م ٢٢٠٥ مدني فرنسي) ، فهو لا يستطيع
أن يحجز إلا بعد القسمة ، وقد يأتي هذا الحجز بعد أن يكون الشريك قد
استوفى فعلا الدين أو المعدل النقدي بمجرد تمام القسمة ، فلا يكون لهذا
الحجز أثر . لذلك دعت الحاجة في فرنسا إلى اعتبار المازضة بمثابة حجز
ما للمدين لدى الغير حماية للدائن (١٨) .

ولكن ليس لهؤلاء الدائنين الاعتراض على القسمة بعد الحكم في
الدعوى ، ولا يجوز لهم بوجه خاص أن يطعنوا عليها بالدعوى انبويضية ،
فقد حل تدخلهم محل الدعوى (١٩) .

ويتحمل الدائنون وحدهم نفقات مازضتهم ونفقات تدخلهم (٢٠) .

١٢٣ - جزاء علم ادخال الدائنين المعارضين أو المقيدة حقوقهم في دعوى القسمة :

إذا عارض الدائنون في انقصة ، أو كان لهم حق مقيد قبل رفع
دعوى القسمة ، ومع ذلك لم يتم الشركاء في المال الشائع بإذائهم في دعوى
القسمة ، ولم يكن هم قد تدخلوا فيها ، فقد نصت المادة ١/٨٤٢ مدني على
الجزاء المرتب على ذلك بقولها : (وتوجه المازضة إلى الشركاء وترتب عليها

(١٧) عبد المنعم الصلحة ص ٢٢٢ هامش (١) .

(١٨) اسماعيل غانم ص ١٦٦ الهامش .

(١٩) السنهوري ص ١٢٤٧ .

(٢٠) السنهوري ص ١٢٤٦ .

الزامهم ان ينفذوا حق عارض من الدائنين في جميع الاجراءات ، والا كانت
القسمة غير نافذة في حقهم) .

فيترتب على عدم ادخال هؤلاء الدائنين اذن عدم نفاذ القسمة في حقهم ،
ولا يلزم لعدم نفاذ القسمة في حقهم اثبات تواطؤ الشركاء ، فالقانون اذ الزم
الشركاء ادخالهم في جميع الاجراءات فقد افترض هذا التواطؤ ، فلا يقبل من
الشركاء اثبات عكس هذه القرينة القاطعة (٢١) .

ويترتب على عدم نفاذ القسمة في حق الدائنين ان يعود المال الى
الشيوع بالنسبة للدائنين ، ومن ثم يجوز طلب قسمة المال من جديد من اي
من الشركاء لتكون القسمة نافذة في حق الدائنين .

كما يجوز للدائن ان يرفع دعوى القسمة باسم مدينه بطريق الدعوى
المباشرة (٢٢) .

غير انه يجب لثبوت الحق للدائنين في عدم نفاذ القسمة في حقهم ،
ان يثبت الدائنون ان القسمة بالشكل التي تمت به قد عادت عليهم بالضرر ،
اذ في غير حالة توافر هذا الضرر لن يكون لهم مصلحة في التمسك بعدم نفاذ
القسمة في حقهم (٢٣) .

ومن ناحية اخرى فانه يحق للدائن ان يعتبر عدم ادخال الشركاء له
في القسمة حثلا تقصيرا يخلو له ان يطالبهم متضامنين بتعويض الضرر
الذي لحقه ، ويكون لهؤلاء ان يتحاشوا الرجوع عليهم بهذه الدعوى اذا هم

(٢١) السنيوري ص ١٢٤٨ - كامل مرسى ص ٢٢٢ - انبدراي
ص ١٨٦ - جميل الشراوى ص ١٥٧ - أحمد سلامة ص ٢٧٠ وما بعدها -
وينهب رأى الى انه يجوز للدائنين الذين أغفل ادخالهم ان يطالبوا بإبطال
القسمة (محمد علي عرفة ص ٤٤٢ - محمد كامل مرسى ص ٢٢٢) .

(٢٢) السنيوري ص ١٢٤٨ .
(٢٣) السنيوري ص ١٢٤٨ - أحمد سلامة ص ٣٧١ .

أوفوا لهذا الدائن حقه ثم يرجع المرفق أو المرفون على زميلهم (٢٤).

١٣٤ - أثر عدم تدخل الدائنين في دعوى القسمة لعدم معارضتهم أو بقده معارضتهم ودعوتهم إلى التدخل :

إذا لم يتدخل الدائنون في دعوى القسمة ، لعدم اعتراضهم عليها أو لعدم وجود حق مقيد لهم قبل رفع الدعوى ، أو اعترض الدائنون على القسمة ودعاهم الشركاء إلى التدخل في الدعوى ، ولكنهم لم يتدخلوا ، فإن القسمة تكون نافذة في حقهم وليس لهم أن يطعنوا عليها إلا في حالة الفس .

وعلا هذا تنص الفقرة الثانية من المادة ٨٤٢ مدني بقولها : (أما إذا تمت القسمة ، فليس للدائنين الذين لم يتدخلوا فيها أن يطعنوا عليها إلا في حالة الفس) .

وذلك أن الشركاء لا ذنب لهم في هذه الصورة في عدم تدخل الدائنين في القسمة ، ويكون النقيض من جانب الدائنين فلا يجوز لهم الاستفادة من الجزء الذي يقرره القانون ، بمعنى أن القسمة تسري قبلهم فلا يكون لهم الاعتراض عليها إلا في حالة الفس (٢٥) .

ومفهوم ذلك هو الرجوع إلى القواعد العامة الخاصة بحماية الدائنين من تصرفات مدينهم الضارة بحقوقهم . ومن مقتضى ذلك أنه يشترط لقبول دعوى عدم نفاذ القسمة التي تمت في حق الدائنين الذين لم يتدخلوا فيها أن تتوافر شروط قبول الدعوى البوليصة ، وأخصها اعسار الشريك المدين . وإثبات التواطؤ بينه وبين الشركاء على الإضرار بدائنيه (م ٣٣٨) . إنما يكفي لإثبات هذا التواطؤ التدليس أن تكون القسمة قد تمت بإجراءات سريعة ، بحيث يفترض لفرط سرعتها تواطؤ الشركاء فيما بينهم

(٢٤) أحمد سلامة ص ٣٧١ - السنهوري ص ١٢٤٨

(٢٥) توفيق فرج ص ١٨٩ وما بعدها .

على الانتفاء من القسمة قبل أن يتمكن الدائنون من المرافضة فيها (٢٦) .

كما يجوز للدائن أن يطعن في الحكم النهائي الصادر بالقسمة بطريق التماس إعادة النظر ، عملاً بالمادة ٨/٢٤١ مرافعات التي تنص على أن :
(للخصوم أن يلتمسوا إعادة النظر في الأحكام الصادرة بصفة انتهائية في الأحوال الآتية : .

لمن يعتبر الحكم الصادر في الدعوى حجة عليه ، ولم يكن قد أدخل أو تدخل فيها بشرط اثبات غش من كان يمثل أو تواطؤه أو إهماله الجسيم)
ويكتفى في هذه الدعوى أن يثبت الدائن غش المدين أو إهماله الجسيم .

١٢٥ - متى يجوز الطعن بالاستئناف في الحكم الصادر في دعوى القسمة ؟

نصت المادة ٤٣ مرافعات (معدلة بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢)
على أن : (تختص محكمة المواد الجزئية كذلك بالحكم ابتدائياً مهما تكن قيمة الدعوى وانتهائياً إذا لم تتجاوز قيمتها خمسمائة جنيه فيما يلي :
دعوى قسمة المال الشائع) .

وبالترتيب على ذلك فإن الحكم الصادر في دعوى القسمة يكون قابلاً للطعن فيه بالاستئناف إذا زادت قيمة الدعوى على خمسمائة جنيه .

وتقدر قيمة الدعوى بقيمة المال الشائع محل القسمة ، فإذا كان المال الشائع عقاراً قدرت قيمته طبقاً لنص المادة ٣٧ بند (١) مرافعات (معدلة بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢) ، التي تقضى بأن : (يراعى في تقدير قيمة الدعوى ما يأتي :

١ - الدعاوى التي يرجع في تقدير قيمتها إلى قيمة العقار ، يكون

(٢٦) عرفة ص ٤٤٢ وما بعدها - نقض فرنسي ٢٧ يناير ١٩٠٧ ،
١٩٣٥/٦/٢٥ ، ١٩٣٧/٤/٢٤ المشار إليها بهامش رقم (١) بذات الصحيفة
من المؤلف المذكور .

تقدير هذه القيمة باعتبار ثلاثمائة مثل من قيمة الضريبة الأصلية المربوطة عليه إذا كان المقار مبنيا ، فإن كان من الأزامنى يكون التقدير باعتبار مائتى مثل من قيمة الضريبة الأصلية .

فإذا كان المقار غير مربوط عليه ضريبة قدرت المحكمة قيمته (٥٠

وعلى ذلك لا يمتد بالقيمة التى قدرها المدعى للمقار فى صحيفة دعوى القسمة ، إذا كانت مخالفة للتقدير سالف الذكر .

١٢٦ - المحكمة المختصة بنظر الاستئناف :

تختص بنظر استئناف الأحكام الصادرة ابتدائيا فى دعاوى القسمة من المحكمة الجزئية ، المحكمة الابتدائية (هيئة استئنافية) أيا كانت قيمة الدعوى (٢٧) .

وفى هذا قضت محكمة النقض بان :

(الطعن استئنافيا فى أحكام محاكم المواد الجزئية الصادرة ابتدائيا

(٢٧) وقد قضى بشأن رسوم استئناف الحكم الصادر فى دعوى القسمة بان : (متى كان النابت أو المحكوم عليه قد استأنف الحكم الصادر يفرر وتجنيب حظه بعض شرفائه فى الأرض الشانعه بينهم وقضى برفض استئنافه وتأييده الحكم المستأنف مع إلزامه بمصاريف استئنافه وإن قدم الكتاب قد سوى الرسوم المستحقة على الدعوى الاستئنافية على أساس قيمة ما قضى به ابتدائيا فإن الحكم الصادر فى المعارضة فى امر تقدير الرسوم بإلغاء القائمة تأسيسا على أن المستأنف لا يلزم من الرسوم بأكثر مما دفعه وأنه لا تستحق رسوم جديدة إلا فى حالة الحكم له بطلبائه كلها أو بعضها فإن الحكم يكون قد خالف القانون ذلك لأن الحكم الصادر بالتأييد هو فى الواقع وبمقتضى المادة الثالثة من القانون رقم ٩٠ لسنة ١٩٤٤ بمثابة حكم جديد بإلحق الذى رفع عنه الاستئناف - ولا يفر من ذلك أن يكون حكم محكمة الدرجة الأولى قد ألزم خصوم المستأنف المصروفات ولم يلزمه هو بشئ منها لأن الرسوم موضوع المعارضة ليست رسوم الدعوى الابتدائية بل هى الرسوم المستحقة على القضية الاستئنافية التى ألزم المستأنف فيها بمصاريف استئنافه) .

» طعن رقم ٥٤ لسنة ٢٣ ق - جلسة ١٩٥٧/٦/٦ «

في دعاوى القسمة • انعقاد المحكمة الابتدائية بهيئة استثنائية إما كانت قيمة الدعوى) •

« ظن رقم ٤٣٣ لسنة ٥٦ ق - جلسة ١٩٨٨/٦/١٤ »

١٣٧ - علم جواز الطعن بالنقض في الأحكام الصادرة من محكمة الدرجة الثانية في دعاوى القسمة :

تنص المادة ٢٤٨ من قانون المرافعات على أن :

(للخصوم أن يطعنوا أمام محكمة النقض في الأحكام الصادرة من محاكم الاستئناف في الأحوال الآتية :

١ - إذا كان الحكم المطعون فيه مبنيا على مخالفة القانون أو خطأ في تطبيقه أو تأويله •

٢ - إذا وقع بطلان في الحكم أو بطلان في الإجراءات اثر في الحكم) •

وواضح من هذه المادة أن الأحكام التي تقبل الطعن فيها بطريق النقض وهو طريق غير عادي للطعن ، هي الأحكام الصادرة من محاكم الاستئناف (المال) ، أما الأحكام الصادرة من المحاكم الابتدائية (بيئة استثنائية) فلا تقبل الطعن فيها بطريق النقض • وبالترتيب على ذلك فإنه لا يجوز الطعن بالنقض في الأحكام الصادرة من محاكم الدرجة الثانية في دعاوى القسمة •

أما يستثنى من هذا الأصل أن يكون الحكم قد فصل في نزاع خلافا لحكم آخر سبق أن صدر بين الخصوم أنفسهم وحاز قوة الأمر المقضي ، وذلك عملا بالمادة ٢٤٩ مرافعات التي تقضى بأن :

(للخصوم أن يطعنوا أمام محكمة النقض في أي حكم انتهائي - إيا كانت المحكمة التي أصدرته - فصل في نزاع خلافا لحكم آخر سبق أن صدر بين الخصوم أنفسهم وحاز قوة الأمر المقضي) •

وفي هذا قضيت محكمة النقض بأن :

١ - (إذا كان الحكم المطعون فيه صادرا من محكمة ابتدائية - بهيئة استئنافية وكان لا يجوز وفقا لنص المادة ٢٤٩ من قانون المرافعات الطعن بالنقض في هذا الحكم إلا إذا كان قد فصل في نزاع خلافا لحكم آخر سبق أن صدر بين الخصوم أنفسهم وحاز قوة الأمر المقضي . ٥٠٠ الخ) .

« طعن رقم ١١٢٣ لسنة ٤٨ ق - جلسة ١٩٧٩/٣/١٠ »

٢ - (تجيز المادة ٢٤٩ من قانون المرافعات للخصوم أن يطعنوا أمام محكمة النقض في أي حكم انتهائي أيا كانت المحكمة التي أصدرته فقبل في نزاع خلافا لحكم آخر سبق أن صدر بين الخصوم أنفسهم وحاز قوة الأمر المقضي . وقد جاء النص عاما مطلقا بشأن كل حكم انتهائي صدر على خلاف حكم سابق صدر بين الخصوم أنفسهم حاز قوة الأمر المقضي أيا كانت المحكمة التي صدر منها الحكم المطعون فيه . ٥٠٠ الخ) .

« طعن رقم ٢٥٥٥ لسنة ٥٢ ق - جلسة ١٩٨٤/٣/٧ »

٣ - (لا يجوز وفقا للمادة ٢٤٩ من قانون المرافعات - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - الطعن بالنقض في الحكم الصادر من محكمة ابتدائية بهيئة استئنافية إلا إذا كان قد فصل في النزاع خلافا لحكم آخر سبق أن صدر بين الخصوم أنفسهم وحاز قوة الأمر المقضي) .

« طعن رقم ١٢٧٤ لسنة ٥٠ ق - جلسة ١٩٨٤/٥/٩ »

١٢٨ - حجية الحكم الصادر في دعوى القسمة :

الحكم الصادر في دعوى القسمة ملزم للشركاء المتقاسمين الذين كانوا طرفا في دعوى القسمة بما حدده من نصيب لكل منهم .

ولا حجية له على الشركاء الذين لم يكونوا ممثلين في دعوى القسمة .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

١ - (حكم القسمة - أيا كان الرأي في تكييفه - ملزم للشركاء

المتقاسمين الذين كانوا طرفا في دعوى القسمة بما حده من نصيب لكل منهم) .

« طعن رقم ١٩٤ لسنة ٣٠ ق - جلسة ١٩٦٦/٢/٢٤ »

٢ - (حكم القسمة - ملزم للشركاء المتقاسمين الذين كانوا طرفا في دعوى القسمة بما حده من نصيب لكل منهم) .

« طعن رقم ١٩٤٨ لسنة ٥٢ ق - جلسة ١٩٨٧/٣/٢١ »

٣ - (حكم القسمة - حجته - ملزم للشركاء المتقاسمين الذين كانوا طرفا في دعوى القسمة بما فصل فيه) .

« طعن رقم ١٢٣٥ لسنة ٥١ ق - جلسة ١٩٨٨/١/١٤ »

موضوع رقم (٦) آثار القسمة الاتفاقية والقضائية

١٢٩ - تعداد :

يترتب على القسمة سواء كانت اتفاقية أو قضائية عدة آثار تخلص فيما يأتي :

١ - افراز المال الشائع ، حيث يختص كل شريك بملكية حصة مفرزة من المال الشائع .

وعذا الأثر هو الأثر الجوهرى للقسمة .

٢ - ضمان المتقاسمين بعضهم لبعض ما قد يقع لأى منهم من تعرض أو استحقاق فى حصته المفرزة لسبب سابق على القسمة .

٣ - التزام المتقاسم بدفع المعدل فى حالة ما اذا كانت القسمة العينية بمعدل .

٤ - التزام الراسى عليه مزاد المال الشائع بدفع الثمن الذى رسا : المزاد .

٥ - امتياز المتقاسم ، وهو مقرر لكل متقاسم على المال محل القسمة مثل غيره من المتقاسمين تأمينا لاستيفاء ما تقرر لكل منهم من معدل أو من نصيب فى الثمن الذى رسا به المزاد أو من تعويض بسبب استحقاق الجز الذى اختص به .

وسنعرض هنا للافراز وضمان الاستحقاق ، أما الالتزام بدفع انعد أو الثمن الذى رسا به المزاد فليس فى أيهما ما يستحق دراسة خا بل يخضع لأحكام الالتزامات بوجه عام .

أما امتياز المتقاسم فيدرس عادة عند دراسة حقوق الامتياز فى مؤلفا التأمينات .

أولا : الإفراز

١٣٠ - المقصود بالإفراز :

الإفراز هو الأثر الجوهرى للقسمة ، وهو الذى يهدف اليه المتقاسمون ، ويعنى أن يستقل الشريك بملكية الجزء الذى يخص به - فى القسمة - بمعنى أن يصبح مالكاً لهذا الجزء ملكية مفرزة - وإذا كان الجزء الذى يختص به الشريك عقاراً فيجب وفقاً للمادة العاشرة من قانون الشئخ العقارى - كما سنرى - أن تسجل القسمة ويترتب على عدم التسجيل ألا يحتج بأثر القسمة - وهو تملك المتقاسم للمعار ملكية مفرزة - على الغير أما فيما بين المتقاسمين فيترتب على القسمة أثرها دون حاجة الى تسجيل (١) .

١٣١ - الأثر الكاشف والأثر الرجعى للقسمة :

نصت المادة ٨٤٣ مدنى على أن : (يعتبر المتقاسم مالكا للحصة التى آلت اليه منذ أن تملك فى الشيوع وأنه لم يملك شيئاً فى بقية الحصة) (٢) .

وقد جاء بذكره المشروع التمهيدى للتقنين المدنى تعليقاً على هذا النص أن :
(القسمة سواء كانت عقداً أو قسمة قضائية ، وسواء كانت القسمة التضائية قسمة عينية أو قسمة تصفية يترتب عليها أثران :
(أ) يكون لها أثر رجعى ، فيعتبر المتقاسم مالكا للحصة التى آلت

(١) منصور مصطفى منصور ص ٢٠١ .

(٢) وقد أزال هذا النص التناقض بين التقنين الأهمى والمختلط فقد كانت المادة ٥٥٥ من التقنين المختلط تنص على أن القسمة منشئة كالبيع ، أسوة بما قرره الشريعة الإسلامية ، والقانون الرومانى ، ومع ذلك لم تنقيد المحاكم المختلطة بهذا النص ، بل سارت فى جميع أحكامها على اعتبار القسمة كاشفة للحقوق ، وهو الحكم السائد فى سائر التشريعات (محمد على عرفة ص ٤٤٣) .

اليه منذ أن تمكك في الشيوخ ، وأنه لم يملك غيرها شيئا في بقية المحصل...
ومن أجل هذا يقال عادة أن القسمة مقررة أو كاشفة للحق) .

وواضح أنه قد ورد في هذا القول تعبيران : الأثر الرجعي والأثر
الكاشف ، والتعبيران غير مترادفين ، فالتصرف الكاشف معناه
ذلك التصرف الذي يقرر وضعا قانونيا قائما من قبل دون أن يعدل
فيه وهذا المعنى يفيد أن القسمة لا تعطى (لا تنشأ) المتقاسم حقا
جديدا بل تكشف عن حق ثابت له من قبل فالحق الذي كان له أثناء الشيوخ
هو الذي ينتقل اليه بالقسمة . لأن حق الشريك المشتاع وإن كان
مجددا تحديدا معنويا بحصته الشائعة إلا أنه يرد من الناحية المادية على
الشيء الشائع كله . ومن هذا كانت وظيفة القسمة هي تحقيق التطابق بين
الحدود الممنوية والحدود المادية لحق الشريك ، وذلك بإفراز جزء من الشيء
الشائع تخلص ملكيته للشريك خلوصا تاما . والقسمة إذ تحتل هذا التطابق
إنما تكشف عن حق ثابت للشريك منذ بدء الشيوخ ، فهي لا تخول الشريك
سندا جديدا ، وإنما سند حق الشريك هو السند الأصلي للملكية الشائعة
وهي لا تخول الشريك حقا جديدا ، بل يقتصر أمرها على التغير في حق
الشريك بحيث يتحقق هذا التطابق ، والأثر الكاشف للقسمة بهذا المعنى
يطابق الحقيقة لأنه مستمد من طبيعة القسمة ، والأثر الرجعي يفيد أن ما آل
إلى الشريك بالقسمة يعتبر قد آل إليه منذ أن تمكك في الشيوخ وإن ما لم
يؤول إليه يعتبر كأنه لم يكن مملوكا له في يوم من الأيام . فيفترض إذن
بمقتضى الأثر الرجعي أن كل وارث مثلا قد ملك نصيبه المقرر في الشركة
منذ موت مورثه ، ويترتب على ذلك نحو مرحلة الشيوخ التي أعقبت موت
المورث وبقيت إلى أن تمت القسمة ، وهي مرحلة قد تطول سنين عديدة ،
ومع ذلك يتجاهلها الأثر الرجعي ويعتبرها كأنها لم تكن ، رغم أن مرحلة
الشيوخ هذه قد وهدت وخلقت آثارا لا يجوز تجاهلها ، منها أن ما قبضه
الورثة من الثمار في أثناء الشيوخ لا يجب رده ولو أعمل الأثر الرجعي
لوجب ردها ولوجب أن يستولى كل وارث على ثمار نصيبه المقرر منذ موت

مورثه ، ومنها أن التركة ينظر إليها وقت القسمة لا وقت موت المورث ، بما دخل فيها وبما خرج منها من أموال ، ويمتد بقيمة المال وقت القسمة لا وقت موت المورث .

ويستلم مجموع الفقه في عصر بأن للقسمة أثرا كاشفاً ولكنه ينتقد النص على أن لها أثراً جمعياً ، ويرى أن الأثر الكاشف هو من طبيعته القسمة وأن الأثر الرجعي افتراض قانوني ، ويرتب على ذلك أنه إذا كان الأثر الكاشف لا يتضمن أى افتراض مغاير للحقيقة وأنه مما تقتضيه طبيعة القسمة ذاتها فلا محل للتضييق في طبيعته ، وأنه لما كان الأثر الرجعي مجرد افتراض لا يطابق الواقع فإنه يجب أن يعمل فقط في حدود الحكم التي أنشأته وهي حماية المتقاسمين (٣) .

فالأثر الكاشف عندهم يكفي للوصول إلى أهم نتيجة يتصد إليها من القول بالأثر الرجعي ، وهي أن يختصر للمتقاسم نصيبه المقر خالياً من تصرفات شركائه الصادرة في أثناء الشيوع ، فما دامت القسمة لها أثر كاشف ، فهي تكشف عن حق المتقاسم في نصيبه المقر ، وعن أن هذا الحق كان موجوداً قبل القسمة وفي أثناء الشيوع ، وأنه هو نفسه الذي آل إلى المتقاسم بالقسمة فيؤول خالياً من تصرفات شركائه ومحصلاً بتصرفاته هو ، ولا حاجة بعد ذلك إلى الأثر الرجعي (٤) .

(٣) أحمد سلامة من ٣٩٩ وما بعدها - عبد المنعم الصلدة من ٢٣٧ ، ٢٤٨ وما بعدها - محمد كامل مرسى من ٢٣٧ - جميل الشراوى من ١٦٤ - أنظر أيضاً في عرض هذا الرأي السهوري من ١٢٦٠ وما بعدها .
(٤) ويمارض البعض في فكرة النطاق المعنوي والنطاق المادى لحق الشريك في الشيوع ، فيذهب الدكتور منصور مصطفى منصور من ٢١٣ وما بعدها قائلاً بعد عرض هذه الفكرة (هذه هي فكرة من عرضنا لهم من المحدثين ، وهي تبدو لنا غير مقبولة فإذا كان من الواضح أن المقصود بالنطاق المادى لحق الشريك هو الشيء الشائع نفسه الذي يعتبر كله محلاً للحق ، فما هو المقصود بالنطاق المعنوي ؟ لا شك أن المقصود هو ما يرمز له بنسبة حمايية كالثالث مثلاً ، ولكن ثلث ماذا ؟ يبدو أن هذا لا يمكن إلا أن يتعلق بضمون الحق ، وعلى هذا النحو يمكن وصف حق الشريك أثناء الشيوع بأن محله هو الشيء المادى كله ، ولكن مضمونه هو ثلث مضمون حق =

= الملكية المقررة . وعلى ذلك لا يستطيع أن تفهم ما هناك من إن القسمة تحقق التوافق بين النطاق المادى والنطاق المعنوى ، أو الميسارات الأخرى انى اشترنا إليها ، ألا على معنى أنها تعطى الشريك الذى له الثلث مثلاً حقاً في كل مضمون الملكية المقررة على ثلث الشيء بعد أن كان له حق يخول ثلث مضمون الملكية المقررة على الشيء كله . ولا يمكن بعد هذا أن نقول إن القسمة قد أبقت على الحق ذاته بعد أن حددته ، لأن حق الشريك بعد القسمة يختلف عن حقه قبلها سواء من حيث المحل ومن حيث المضمون ، فقبل القسمة كان له حق محله كل الشيء ومضمونه جزء من الشيء ومضمونه هو المادية ، وبعد القسمة أصبح له حق محله جزء من الشيء ومضمونه هو كل مضمون الملكية المادية (أى المقررة) وهو ما يكفي في تقديرنا للقول أن القسمة تعطى للشريك حقاً آخر غير الحق الذى كان له أثناء الشروع . وبهذا تنتهي إلى رفض ما عبروا عنه بالآثر الكاشف ولم يهدفوا من ورائه إلا نفي الآثر الناقل وتضيف أخيراً ، تأييداً لموقفنا ، أن ثمة سؤالاً لا نجد له اجابة في ظل رأى الشراح الذين تعرض لهم ، فقد كان للشريك على الأجزاء التى لم تقع في نصيبه حق مماثل لحقه الذى كان قائماً على ما وقع في نصيبه ؟ فإين ذهب هذا الحق ؟

الواقع أن المجابة إلى الاجابة على هذا السؤال في غاية الأهمية ، إذ أن معرفة مصير ما كان للشريك من حق على الأجزاء التى لم تقع في نصيبه هي التى يمكن من معرفة مصير ما كان الشريك قد رتبته على هذا الحق من حقوق للغير كالرهن أو الانتفاع .

وفي تقديرنا أن قصور نظرية الآثر الكاشف ، عند من تعرض لهم من الفقهاء ، يدل على عدم صحته ما ذهبوا إليه من أن هذه النظرية نفتى عن الآثر الرجعى للقسمة للوصول إلى حصول كل متقاسم على الجزء المقرز الذى يختص به خلاصاً من آثار تصرفات غيره . ولبيان هذا يجب أولاً أن نحدد تصرفات الشريك الذى يراد حمايته غيره من آثارها ، وهى فيما نرى التصرفات التى ترد على حق الشريك الشائع بإنشاء حق للغير عليه كالرهن أو الانتفاع . ولما كان تصرف الشريك في حقه الشائع ، على هذا النحو ، تصرف صحيح لصدوره فيما يملكه الشريك فيترتب عليه نشوء الحق العيني ولا يمكن أن يقال أنه غير نافذ بالنسبة لباقي الشركاء ، وبالتالي لا تقيسه نظرية الآثر الكاشف التى تعرض لها في تخلص المال الذى ورد التصرف على حصة منه من حق الغير إذا ما وقع هذا المال في نصيب متقاسم غير المتصرف ، لأن هذه النظرية لا تستقيم إلا إذا سلمنا ابتداءً أن تصرف للشريك كان غير نافذ قبل القسمة في حق غير المتصرف من الشركاء . أما وفقاً للآثر الرجعى للقسمة فيمكن القول ، وإن كان هذا على سبيل المجاز ، =

ولذلك لا ينحس من الأخذ بما ذهب إليه الدكتور السنهوري (*) من أن

«أنه يترتب على القسمة أن يعتبر التصرف كأن لم يكن يملك شيئاً في أي وقت إلا فيما وقع في نصيبه» ، وبالتالي يعتبر تصرفه في حصة شائعة فيما وقع في نصيب غيره تصرفاً في ملك الغير فلا ينفذ في حق المالك) .
ثم يمضي سيادته قائلًا ص ٢١٥ : (إذا كنا نعتقد في عكس صحة ما ذهب إليه المختون من أن القسمة كاشفة بطبيعتها ، فيبدو لنا أن النظرية التقليدية ، فيما يتعلق بحقيقة أثر القسمة وهي أنها ناقلة كما رأينا عند الرومان ، هي الأولى بالقبول ولا نرى وجها لوصف القسمة بأنها كاشفة إلا على أساس النص الذي يقرر الأثر الرجعي ، وحيث يعتبر الأثر الكاشف كالأثر الرجعي حكما مجازيا كما رأينا من قبل) .

ويذهب الدكتور السنهوري إلى أن للقسمة أثر مزدوج كاشف وناقض . فيقول ص ١٢٥٥ وما بعدها : (والواقع من الأمر أن للقسمة بطبيعتها أثرا مزدوجا ، كاشفا وناقضا . ولو اقتصرنا على صورة مبسطة لمال شائع ، وقلنا أن أرضا يملكها اثنان في الشيوع لكل منهما النصف ، فهذه الأرض قبل القسمة كانت ملكا للشريكين تتزاحم عليها ملكية كل منهما . فإذا اقتطعنا أي جزء مفرز منها ، كان هذا الجزء هو أيضا ملكا للشريكين تتزاحم عليه ملكية كل منهما ، فإذا نحن قسمنا الأرض بينهما ، وأفرزنا نصيب كل منهما فيها فإن هذا النصيب يصبح مملوكا لأحد الشريكين وحده دون الآخر . فهل يكون للأفراز عن طريق القسمة أثر كاشف أو أثر ناقض ؟ إن الشريك عندما أفرز نصيبه في الأرض ، صار هذا النصيب المفرز ملكه وحده كما قسمنا . وكان هذا النصيب قبل القسمة ، وفي أثناء الشيوع ملكا للشريكين لكل منهما النصف . فالأفراز إذن ثبت للشريك في هذا النصيب المفرز ملكيته الثابتة قبل القسمة في النصف ، ونقل إليه ملكية شريكه الثابتة قبل القسمة في النصف الآخر ، فخلصت له الملكية الكاملة في جميع النصيب المفرز . ومن ثم يكون للقسمة أثر كاشف في نصف النصيب ، وأثر ناقض في النصف الآخر . ويكون للقسمة إذن ، بطبيعتها أثر مزدوج ، كاشف وناقض .

ولما كان هذان الأثران يتعارضان ، لم يبق إلا أن نقلب أثرا على آخر في المواضع التي يحسن فيها ، من الناحية العملية ، تقليب هذا الأثر فتارة نقلب الأثر الكاشف حيث يحسن تقليبه ، وتارة نقلب الأثر الناقض إذا ادعت مقتضيات العملية إلى ذلك) .
ولكن سيادته انتهى في موضع آخر إلى أن المادة ٨٤٣ تخلع على القسمة أثرا كاشفا وأثرا رجعيا في وقت واحد . (انظر تفصيل ذلك في المتن) .

(٥) ص ١٢٦٦ وما بعدها .

المادة ٨٤٣ تخلع على التسمية أثر اكتساب أو إثراء. وجميعاً في وقت واحد، عن أن يكون هذا وذاك على سبيل الافتراض القانوني أو المجاز فتستخلص جميع النتائج التي تدعو الحاجات العملية إلى استخلاصها من الأثر الكليشيف المفترض دون استغراق لجميع النتائج التي يمكن أن تستخلص من الأثر الرجعي إذا لم توجد حاجة عملية تدعو إلى ذلك .

١٣٢ - بعض المسائل التي يستبعد فيها الأثر الرجعي للقسمة :

١ - حق الشراكة في الثمار التي ينتجها المال الشائع أثناء الشيوع :
الثمار التي تنتج من المال الشائع أثناء قيام الشيوع تكون من حق الشركاء جميعاً بنسبة حصة كل منهم . فإذا تحولت حصة الشريك الشائعة بالقسمة إلى نصيب مفرد ، لم يكن لهذا الشريك أن يتمسك بالأثر الرجعي للقسمة للمطالبة بثمار هذا النصيب المقرر من بدء الشيوع .

وفي هذا قضت محكمة التقضى بأن :

(الثمار التي تنتج من المال الشائع أثناء قيام الشيوع من حق الشركاء جميعاً بنسبة حصة كل منهم وأجراء القسمة بعد ذلك لا يجعل للمتقاسم حقاً في الاستئثار بثمار الحصة التي خصصت له إلا من وقت حصول القسمة . ولا يقدح في ذلك ما قضت به المادة ٨٤٣ من القانون المدني من اعتبار المتقاسم مالكا للحصة التي آلت إليه منذ أن تملك في الشيوع ذلك أن علة تقرير هذا الأثر الرجعي للقسمة هو حماية امتقاسم من الحقوق التي يرتبها غيره من الشركاء على المال الشائع أثناء قيام الشيوع بحيث يخلص لكل متقاسم نصيبه المفرد الذي خصص له في القسمة مطهراً من هذه الحقوق ويجب قصر أعمال الأثر الرجعي للقسمة في هذا النطاق واستبعاده في جميع الحالات التي لا يكون الأمر فيها متعلقاً بحماية المتقاسم من تصرفات شركائه الصادرة قبل القسمة) .

« ملحق رقم ١٣٦ لسنة ٣١ ق - جلسة ١٩٦٥/١١/٢٥ »

٢ - تحديد المال الشائع وتقدير قيمته تكون عند وقت القسمة .
وايضا فيما سبق في الميزة في تحديد المال العائلي وتقدير قيمته ، بعانة
المال وقيمته وقت القسمة . وكان مقتضى الامر الرجعى للقسمة ان تكون
المبرة في ذلك بما هو عليه وقت بدء الشيوع .

٣ - بقاء الرهن الصادر من جميع الشركاء نافذا ايا كانت النتيجة
التي تترتب على قسمة العقار فيما بعد او على بيعه لعدم امكان قسمته .
(م ١٠٣٩ / ١ مدني) .

٤ - اذا صدر قانون جديد أثناء الشيوع يضح قواعد جديدة للقسمة
فانه يسرى على القسمة التي تتم بعد العمل به ولا يحتج بان للقسمة اثر
رجعيا فيطبق القانون الساري وقت بدء الشيوع .

١٣٣ - علم تعلق مبدأ رجعية القسمة بالنظام العام :

لا يتعلق مبدأ عدم رجعية القسمة بالنظام العام ، ولذلك يجوز للشركاء
ان يتفقوا على عدم التمسك بالمادة ٨٣٤ مدني ، وليس ادل على ذلك مما قضى
به المشرع في المادة ١٠٣٩ مدني من نفاذ الرهن الصادر من جميع الملاك
لعقار شائع ايا كانت نتيجة القسمة أو التصفية .

كما استقر القضاء على انه يجوز للشركاء عند قسمة عقار شائع بطريق
التصفية ان يتفقوا على اعتبار حكم مرسى المزداد منشئا للملكية الراسية عليه
المزداد ، حتى ولو رسا المزداد على أحد الشركاء فيجوز لهم مثلا الاتفاق على
جواز اعادة البيع على مسئوليته عند التخلف عن دفع الثمن ، وبالرغم من
ان هذا الاجراء يعتبر من قبيل الفسخ ، والاصل ان القسمة غير قابلة
للفسخ (١) .

المجال الذى يطبق فيه الأثر الكاشف للقسمة

١٣٤ - أولا : مجال تطبيق الأثر الكاشف من حيث التصرفات :

كل تصرف من شأنه إنهاء الشبوع ، يكون له أثر كاشف ، فهو يكشف عن حق سابق للشريك . فيسرى الأثر الكاشف على القسمة النهائية ، سواء كانت اتفاقية - ولو فعلية - أو قضائية ، عينيه بمعدل أو بغير معدل ، كلية أو جزئية يخرج بمقتضاها بعض الشركاء من الشبوع فيختص كل منهم بنصيبه مفرزا بينما يبقى الشركاء الآخرون فى الشبوع ، أو يقتصر الشركاء فيها على اقتسام جزء من المال الشائع فيختص كل منهم بنصيب مفرز من هذا الجزء بينما يبقى الجزء الآخر من المال شائعا فيما بينهم ، أو يقسم المال الشائع الى قسمين يختص فريق من الشركاء بأحد القسمين يملكونه على الشبوع ويختص باقى الشركاء بالقسم الآخر يملكونه كذلك على الشبوع . فيترب على القسمة الأثر الكاشف رغم أن أحدا من الشركاء لم يختص بنصيبه مفرزا ، وذلك لأن القسمة قد تضمنت إفراز قسمين من المال الشائع فترتب على ذلك أن انتهى الشبوع الأصل الذى كان يضم جميع الشركاء ونشأ لكل من الفريقين شبوع جديد (٧) .

أما إذا كانت القسمة بطريق التصفية أى بيع المال الشائع بالمراد العلنى أو الممارسة ، فإنه يتعين التفرقة بين حالتين :

الحالة الأولى :

أن يكون المزداد أو الممارسة قد رست على أحد الشركاء فى المال الشائع . ففى هذه الحالة يعتبر هذا البيع قد تم لحساب جميع الشركاء تمهيدا للقسمة ، ويعتبر المال المباع أنه قد وقع فى نصيب الشريك الذى رسا عليه ،

ومن ثم يخصم الثمن الذي رسا به المزداد من حصة هذا الشريك في مجموع الأموال الشائعة * فإذا زادت هذه الحصة على الثمن أخذ هذا الشريك باقي نصيبه من الأموال الشائعة الأخرى أو من طريق معدل للقسمة. يلتزم به باقي الشركاء ، وإذا كان العكس دفع هذا الشريك لباقي الشركاء مديلا للقسمة - وتسقط التصرفات التي أبرمها الشركاء الآخرون أثناء الشروع في خصوص المبيع ، ولكن تبقى التصرفات التي أبرمها هو * والثن الذي بيع به المال للشريك يكون له حيز من معدل القسمة * ولكن يتعين دفعه دون انتظار انتهاء عمليات القسمة (٨) .

الحالة الثانية :

أن يكون المزداد أو الممارسة قد رست على أجنبي ، وفي هذه الحالة يعتبر التصرف بيعا فيما بين الشركاء والمشتري ، أما يقتصر ذلك على العلاقة فيما بين الشركاء والراسى عليه المزداد أو الممارسة * ومن ثم يجوز للمشتري أن يظهر المقار المبيع من الرهون التي ترتبت عليه من الشركاء في أثناء الشروع * أما فيما بين الشركاء أنفسهم فالتصرف يعتبر قسمة لها أثر كاشف ، أي ينطبق الأثر الكاشف فيما يتعلق بتوزيع الثمن الذي رسا به المزداد ، ومن ثم يعتبر الشريك الذي وقع في نصيبه ثمن المبيع هو وحده الذي باع المال الشائع للأجنبي ، فيصبح هو البائع وحده ، ومن ثم لا تنفذ في حقه التصرفات التي أبرمها الشركاء الآخرون أثناء الشروع في خصوص المبيع * ولكن تبقى التصرفات التي أبرمها هو * وإذا قسم الثمن بين الشركاء اعتبروا جميعا بائعين وبقيت التصرفات التي أبرمها أثناء الشروع في خصوص المبيع (٩) .

أما إذا كانت القسمة لا يترتب عليها إنهاء الشروع فإنه لا يسرى عليها

(٨) السنهاوري ص ١٢٦٩

(٩) الصلة ص ٢٤١

الأثر الكاشف، ومثل ذلك قسمة المهايأة التي يقتصر أثرها على مجرد تسجيل الانتفاع بالملك الشائع .

غير أن قسمة المهايأة المكانية إذا استمرت خمس عشرة سنة فإنها تنقل إلى قسمة نهائية، ويسرى عليها ما يسرى على القسمة النهائية من أحكام، فيكون لها أثر كاشف .

١٣٥ - تصرفات معادلة للقسمة لها أثر كاشف :

يعتبر بيع أحد الشركاء حصته الشائعة لشريك آخر تصرفاً معادلاً للقسمة، فيكون له أثر كاشف، إذ يصبح الشريك المشتري مالكا للحصة المباعة وتضم هذه الحصة إلى الحصة التي يمتلكها، وتكون هذه المسكية قد آلت إليه من وقت بدء الشروع .

كما ذهبت محكمة النقض إلى أن للشريك على الشيوع أن يبيع جزءاً مفرزاً من المال الشائع قبل إجراء القسمة فإذا لم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف انتقل حق التصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف بطريق القسمة وذلك عملاً بالمادة ٢/٨٢٦ مدني .

فقد قضت بأن :

١ - (من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن لشريك على الشيوع أن يبيع جزءاً مفرزاً من المال الشائع قبل إجراء القسمة فقد نصت المادة ٨٢٦ فقرة ثانية من قانون المدني على أنه : (إذا كان التصرف منصبا على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف انتقل حق التصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف بطريق القسمة) ومتى تقرر ذلك فإن الطاعن يكون قد اشترى من المطعون عليه الجزء المفرز الذي يبيعه أو ما يحل محله مما يقع في نصيب المطعون عليه عند القسمة ، فإذا وقع الجزء المفرز عند القسمة في نصيب المطعون عليه خلاص للطاعن ، وإن لم يقع انتقل حق الطاعن بحكم الحلول العيني من الجزء المفرز

المبيع الى الجزء المقرض الذى يؤول الى المظنون عليه بطريق القسمة ومن ثم كان للوالد أن يبيع لابنه مفرزا أو شائما وأن يبيع لابنه بدوزة الى الطاعن مثل ذلك ، ومن ثم فإن النسي على الحكم المظنون فيه بان البائع لا يملك الحصة المبيعة - مفرزة يكون على غير اساس .

« طعن رقم ٩١٠ لسنة ٤٥ ق - جلسة ١٩٨٠/٣/٢٥ »

٢ - (نص المشرع فى المادة ٨٢٦ من القانون المدنى على أن « كل شريك فى الشيوع يملك حصته ملكا تاما وله أن يتصرف فيها ويستولى على ثمارها واذا كان التصرف منصبا على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة فى نصيب المتصرف انتقل حق المتصرف اليه من وقت التصرف الى الجزء الذى آل الى المتصرف بطريق القسمة ٠٠٠ » ثم نص فى المادة ٩٣٦ من هذا القانون على أنه « ثبت الحق فى الشفعة للشريك فى الشيوع اذا بيع شيء من المقار الشائع الى أجنبى » ، يدل على أن للمالك على الشيوع أن يبيع ملكه محمدا مفرزا ويقع البيع صحيحا وإن كانت حانة التحديد هذه تظل معلقة على نتيجة القسمة أو اجازة الشركاء فى الشيوع ، ومتى كان هذا البيع صحيحا وصدر لأجنبى وكان الافراز الذى تحدد به محل البيع لا يحتاج به سائر الشركاء فى الشيوع طالما لم تتم القسمة قضاء ، أو رضا مما يعتبر معه هذا التصرف بالنسبة لهم فى حكم التصرف فى قدر شائع فإنه ينبغي على هذا أن يثبت لهم حق الأخذ بالشفعة فى ذلك البيع ، وفقا لصريح عبارة النص فى المادة ٩٣٦ من القانون المدنى)

« طعن رقم ٧٨٤ لسنة ٤٧ ق - جلسة ١٩٨٠/٥/١ »

٣ - (يدل نص المادتين ٨٢٦ ، ٩٣٦ من القانون المدنى - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - على أن للمالك على الشيوع أن يبيع ملكه محمدا مفرزا ويقع البيع صحيحا ، وإن كانت حالة التحديد هذه تظل معلقة على نتيجة القسمة أو اجازة الشركاء فى الشيوع ، ومتى كان هذا البيع صحيحا وصدر لأجنبى وكان الافراز الذى تحدد به محل البيع لا يحتاج به

سائر الشركاء في الشيوع طالما لم تتم القسمة. قضاء أو رضا ، مما يعتبر معه هذا التصرف بالنسبة لهم في حكم التصرف في قدر شائع ، وبالتالي يثبت لهم حق الأخذ بالشفعة في ذلك البيع . *

« طعن رقم ١١٣٩ لسنة ٥١ ق - جلسة ١٩٨٥/١/٢٤ » (١٠)

ويذهب - بنقي - جانب من الفقه الى أن حكم البيع لا يسرى على الهبة فلا تعتبر تصرفا معادلا للقسمة ، لان القسمة من الممارضات اما الهبة فهي من التبرعات ، ومن ثم تكون الهبة ناقلة للملكة لا كاشفة (١١) .

(١٠) « قضت محكمة النقض في حكم حديث لها صادر بتاريخ ١٩٩١/٥/١٢ في الطعن رقم ٣٧٦ لسنة ٥٧ ق بأن : (مؤدى نص المادة ٨٢٦ من القانون المدني يدل على انه يشترط لاعمال الحلول العيني وفقا لهذا النص أن تجرى قسمة بين الشركاء للمال الشائع يكون من شأنها أن تؤدي الى افراز نصيب معين للشريك البائع يوازي حصته في الشيوع بحيث يتناثر وحده بكل سلطات الملكية الخالصة على هذا الجزء وأن لا يقع المبيع في الجزء المقر الذي اختص به البائع بما مؤداه أنه لا مجال لاعمال الحلول العيني ان كان أساس التصرف بالبيع حصة مفردة من المال الشائع ، فان أسفرت القسمة بين الشركاء عن اختصاص كل مجموعة منهم بقدر مفرد من المال الشائع مع بقاء الشريك البائع مالكا لحصة شائعة فيه فانه يتمتع في هذه الحالة اعمال الحلول العيني طالما أن نصيب البائع بقي شائعا لم يتم افرازه ... الخ » .

(١١) السهنوري ص ١٢٧٠ - وعكس ذلك الصلة ص ٢٤١ ، أحمد سلامة ص ٤٠٤ فيذهب الى أنه يستوي أن يكون التصرف بمقابل أو بغير مقابل - ويقول الدكتور الصدة ص ٢٤١ وما بعدها هامش (٤) (الرأي الذي يأخذ به القضاء الفرنسي ، وهو الرأي السائد في الفقه الفرنسي ، أن التصرف الذي يعتبر من قبيل القسمة فيترتب عليه الأثر الكاشف هو التصرف بموضى ، وذلك بحجة أن القسمة جوهرها تصرف بموضى ، وأنه اعتبار الهبة من قبيل القسمة يؤدي الى التضحية بمصالح خلف الشريك الواهب ودائيه . قالبة التي تؤدي الى اختصاص الشريك بمال مفرد تكون في نظر هؤلاء تصرفا ناقلا ، فلا يترتب عليها الأثر الكاشف ، بل يصبح هذا الشريك بمقتضاها خلفا للواهب ، وهناك من الفقهاء من يرى أن المنطق السليم يقضى بعدم التفرقة في هذا الخصوص بين التصرف بموضى والتصرف بدون عوض . اذ أن هذه التفرقة ترجع في الواقع الى الفكرة القديمة التي كانت ترى في القسمة عملية مقايضة لا يترتب عليها الأثر =

والأموال التي يجزئ التصرف في شأنها بنسبة القسمة لا ينطبق عليها الأثر الكاشف ، لأنها لم تكن شائعة وأفرزت بالقسمة . فإذا أثبتت القسمة حقاً لأحد الشركاء على شيء لم يكن داخلاً من قبل في نطاق الشيوخ فلا ينطبق الأثر الكاشف بالنسبة إلى هذا الحق .

١٣٦ - ثانياً : مجال تطبيق الأثر الكاشف من ناحية الأموال :

إن الذي يجعل القسمة ضرورية هو شيوخ المال بين الشركاء . ومن هذا كان طبيعياً أن ترد القسمة على كل مال شائع تم إفرازه ، وأن ينطبق بالتالي الأثر الكاشف على ما أفرزته القسمة من هذا المال ، سواء كان هذا المال منقولاً مادياً أو منقولاً معنوياً كحق الاختراع أو حق المؤلف . وبالتالي يخرج من مجال تطبيق الأثر الكاشف للقسمة ما يأتي :

١ - معدل القسمة :

لأن معدل القسمة لم يكن شائعاً وأفرز ، وإنما هو مال مملوك ملكية مفرزة يدفعه الشريك لزميله المتقاسم حتى تتوازن الأنصبة ، فإذا تمت القسمة بمعدل سرى الأثر الكاشف على المال الذي أفرز بالقسمة ولا يسرى على المعدل ، وإنما يكون التزاماً في ذمة المدين به بموجب القسمة - وتنتقل ملكيته من المدين إلى الشريك الدائن ويعتبر هذا الأخير بالنسبة له خلفاً للاول (المتقاسم) فإذا كان المعدل عقاراً فإن ملكية هذا العقار لا تنتقل إلى

= الكاشف إلا من طريق الاقتراض . ولما كانت القسمة عملية تنطوي على التغيير في حق الشريك بحيث يختص بمال مفرز ، فلم يعد هناك ما يدعو إلى التفرقة تبعاً لنوع التصرف الذي يؤدي إلى هذا التغيير ، وهذا هو الرأي الذي رجحناه في المتن ، لأنه هو الذي يتسق مع وظيفة القسمة وما تسفر عنه من اختصاص الشريك بمال مفرز . وليس هناك ما يدعو إلى الحثية من التضحية بمصالح خلف الشريك الواهب ودائنيه ، إذ يستطيع هؤلاء حماية مصالحهم من طريق الدعوى البوليصة ، حيث أنه بواسطتها تصبح الهبة غير نافذة في حقهم) .

القائمين إلا بالتسجيل (١٢) وتبقى التصرفات التي أبرمها المتقاسم الأول
في خصوص المقار .

٢- الحقوق الشخصية :

ذلك أن الشيوع لا يرد على الحق الشخصي ، لأنه إذا تعدد أصحاب الحق
الشخصي فإن الحق ينقسم بينهم في ذلك ما لم يكن غير قابل للإنقسام إذ في
هذه الحالة تنطبق أحكام عدم القابلية للإنقسام لأحكام الشيوع . وما دام
أن هذه الحقوق تكون مقسمة من أول الأمر فلا يكون هناك محل لتقسيمها
ولا انطباق الأثر الكاشف عليها . فإذا توفي شخص وكان للتركة دين فإن
هذا الدين ينقسم على الورثة لحظة الوفاة ، كل بحسب نصيبه الشرعي .
وعلى ذلك يعتبر كل وارث صاحب حصة في الحق الشخصي من وقت وفاة
المورث ودائما على استقلال للمدين بجزء من الدين بنسبة حصته في التركة .
لا بسبب الأثر الكاشف للقسمة ، بل بسبب انقسام الحق الشخصي بمجرد
وفاة المورث .

وإذا كانت المادة ٩٠٧ مدني تنص على أنه : (إذا اختص أحد الورثة
عند القسمة بدين للتركة ، فإن باقى الورثة لا يضمنون له الدين إذا هو
اعتبر بعد القسمة . ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك) ، فإنه ليس معنى
هذا النص أن يبقى الدين شائعا حتى القسمة ، فهو قد آل الى الورثة لحظة
الوفاة فأصبح كل منهم دائنا بدين مستقل ، فإذا اتفق الورثة عند قسمة
التركة على أن يأخذ أحدهم كل الحق الذي للتركة كان مفاد هذا أن الورثة
الآخرين قد حولوا أنصبتهم في هذا الحق الى ذلك الوارث ويكون الاتفاق
تصرفا ناقلا بالنسبة الى هذه الأنصبة (١٣) ، ويلزم حتى تكون الحوالة نافذة في
حق المدين أن يقبلها أو يعلن بها (م ٣٠٥ مدني) ، مع مراعاة أن الورثة

(١٢) الصلة ص ٢٤٣ وما بعدها - سلامة ص ٤٠٦ وما بعدها -
السنيوري ص ١٢٧٢ وما بعدها .
(١٣) أحمد سلامة ص ٤٠٧ - السنيوري ص ١٢٧٢ وما بعدها -
الصلة ص ٣٤٣ وما بعدها .

المحلين يضمنون للمحال اليه يسائر المدين وقت القسمة ، ما لم يقض الاتفاق بغير ذلك ، وهذا يخالف القاعدة العامة التي تجبر المدين ضامناً لوجود الحق ، فحسب وقت الطولية (١/٣-٨) .

١٣٧ - ثالثاً : مجال تطبيق الأثر -الكاشف من ناحية الأشخاص :

ما دام أن القسمة بطبيعتها تصرف كاشف فإن أثرها الكاشف يقوم بالنسبة لجميع الأشخاص ، لا فرق في ذلك بين الشركاء المتقاسمين في المال الشائع والغير .

وبالنسبة للشركاء لا فرق بين شريك أصلي اكتسب ملكية حصته في المال الشائع منذ بدء الشيوع ، أو شريك طارئ اكتسب ملكية حصته بعد بدء الشيوع .

وكذلك لا عبرة بسند استملاك للشركاء فقد يختلف سند اكتسابهم ملكيتهم لحصتهم في المال الشائع . فالعبرة بشيوع ملكية الشريك لحصته وقت القسمة .

وبالنسبة للغير ، لا يفرق بين دائن عادي أو دائن مكتسب حق عيني أصلي ، أو دائن بحق قبيح .

وعلى ذلك لا تنفذ في حق الشريك المتقاسم التصرفات التي أبرمها الشركاء الآخرون أثناء الشيوع ، على المال الشائع ، فإذا كان أحد الشركاء قد باع أو رهن إبان الشيوع - جزءاً مفزواً ثم آل هذا الجزء الى شريك آخر فإنه يؤول اليه محرراً من الرهن ، كما وأن المشتري لا يستطيع المطالبة بنقل ملكيته ، ولو كان قد سجل عقده ، إذ يترتب على القسمة سقوط التسجيل ذلك أنه بفعل الأثر الكاشف للقسمة يعتبر كل من البيع والرهن قد صدر من غير ذلك . ولا يرد على هذا القول إلا استثناء واحد هو التصرف الصادر من جميع الشركاء فإنه يبقى أياً كانت نتيجة القسمة (١٤) .

ولكن الدائن المرتهن يستوفى دينه بالأولوية من الملتزمين الذي آل الى الزمان تطبيقا للمادة ١٠٥٦ مدني التي تجزى على ان : (يستوفى الدائنون المرتهونون حقوقهم قبل الدائنين الفاهين من ثمن العقار المرهون ، أو من المال الذي حل محل هذا العقار بحسب مرتبة كل منهم ولو كانوا قد أجروا التقييد في يوم واحد) (١٥) .

النتائج التي تترتب على الأثر الكاشف للقسمة

١٣٨ - أولا : سقوط التصرفات الصادرة من الشركاء غير الشريك الذي وقع في نصيبه جزء مفرز :

إذا اخص أحد الشركاء بنصيب مفرز في المال الشائع بمقتضى القسمة سواء كانت اتفاقية أو قضائية ، يعتبر - كما أوضحنا سلفا - مالكا لهذه الحصة المفروزة منذ يده الشيوع وأنه لم يمتلك غيرها في بقية الحصص وأن الشركاء الآخرين لم يكونوا مالكين لها منذ يده الشيوع .

ويرتّب على ذلك أن التصرفات التي أبرمها أحد الشركاء الآخرين أثناء الشيوع على المال الشائع تكون صادرة من غير مالك لا تنفذ في حق هذا الشريك ، ولكن التصرفات التي أبرمها هو تكون نافذة ، وهذه النتيجة هي أهم النتائج التي أريد الوصول إليها من اعتبار القسمة كاشفة ، ذلك أن

(١٥) وقد ذهب الدكتور السنهوري في حق الملكية ص ١٣٧٤ الى ان الدائن المرتهن لا يكون له حق التقدم على نصيب مدنيه في ثمن العقار ، فان المدين يكون قد استبدل بحصته في العقار الذي رهنه مبلغا من النقود ، وقد أصبح هذا المبلغ ضمانا لدائنيه جميعا ولا يتقدم عليهم الدائن المرتين - ومع ذلك يذهب سيادته في الجزء العاشر في التأمينات الشخصية والعينية ١٩٨٠ ص ٣٣٣ وما بعدها أنه : (وإذا وقع في نصيب الشريك الرهن منقول بدلا من العقار ، فقد الدائن المرتهن حقه في الرهن كما في الفرض السابق - وكما في الفرض السابق أيضا ، يحتفظ الدائن المرتهن بحقه في التقدم - إذا وقع في نصيب الشريك الرهن مبلغ من النقود) .

مقتضى هذا الاعتبار ألا تكون القسمة مستند تملك التناقص للنصيب الذى
آل إليه ، فلا يكون هذا التناقص خلفاً للتناقصين الآخرين .

ويسرى هذا الحكم على كافة الحقوق المبنية التى رتبها الشركاء
الآخرون على النصيب المفرز سواء كانت حقوقاً عينية أصلية أو حقوقاً عينية
تبعية ، ولا يمنع من هذا السقوط أن يكون الحق قد سجل أو قيد (١٦) .
فإذا كان أحد الشركاء قد تصرف بالخيار على الحصص المفرزة التى آلت إلى
الشريك بعد القسمة ، أو رتبها ، أو رتب عليها حق انتفاع ، فإن البيع
والهبة وحق الانتفاع ينسقط وتخلص الحصص إلى الشريك خالية من هذه
التصرفات .

وكذلك إذا كان أحد الشركاء فى المال الشائع قد رهن الحصص المفرزة
أو جزءاً منها رهناً رسمياً أو حيازياً جاز للشريك الذى آلت إليه الحصص المفرزة
أن يطلب من الشريك وعلى نفقته أن يحصل على شطب الرهن الرسمى ورهن
الحيازة وحق الاختصاص وحق الامتياز المترتب من جانبه (١٧) .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١ - (لئن كان يبيع الشريك المشتاع لقدر مفرز من نصيبه لا ينفذ فى
حق باقى الشركاء بل يظل معلقاً على نتيجة القسمة ، إلا أنه يعتبر صحيحاً
ونافذاً فى حق الشريك البائع ومنتجاً لآثاره القانونية على نفسه . المحل المفرز
المتصرف فيه قبل القسمة . أما بعد القسمة فاستقرار التصرف على ذات
المحل رهين بوقوعه فى نصيب الشريك البائع فإن وقع فى غير نصيبه ورد
التصرف على الجزء الذى يقع فى نصيبه نتيجة للقسمة . وينبنى على ذلك أنه
إذا سجل المشتري لقدر مفرز من الشريك المشتاع عقد شرائه ، انتقلت إليه
ملكية هذا القدر المفرز فى مواجهة البائع له فى فترة ما قبل القسمة بحيث

(١٦) أحمد سلامة ص ٤٠٧ -
(١) السنيورى ص ١٢٧٥ وما بعدها .

يجتنب عليّ اليائس التصرف في هذا القدر الى الغير، فان تصرف فيه كان بائنا ملك الغير فلا يسري هذا البيع في حق المالك الحقيقي وهو المشتري الأول الذي انتقلت اليه ملكية هذا القدر من وقت تسجيل عقد شرائه .

د طعن رقم ١٨٢ لسنة ٤٠ ق - جلسة ١٩٧٥/٢/١٧ «

٢ - (تنص المادة ٨٤٣ من القانون المدني - باعتبار المتقاسم مالكا للنسبة التي آلت اليه منذ ان تملك في الشيوع ذلك ان علة تقرير هذا الأمر الرجعي للنسبة هو حماية للمقاسم من الحقوق التي يربطها غيره من الشركاء على المال الفائع أثناء قيام الشيوع بحيث يخلص لكل مقاسم نصيبه المبرز الذي خصص له في النسبة مطهرا من هذه الحقوق ويجب قصر اعمال الأمر الرجعي للنسبة في هذا النطاق واستبعاده في جميع الحالات التي لا يكون الأمر فيها متعلقا بحماية للمقاسم من تصرفات شريكه الصادرة قبل النسبة .

• لما كان سند الطاعة في طلب الحكم لها بملكية الاطيان محل النزاع هو وضع اليد المدة الطويلة ، وهو يعد بذاته سببا لكسب الملكية مستقلا عن غيره من أسباب اكتسابها فلا وجه من بعد لأعمال حكم الأثر الرجعي للنسبة على واقعة الدعوى) .

د طعن رقم ٧٠٦ لسنة ٤٣ ق - جلسة ١٩٧٩/٥/٢٩ «

٣ - (اذا كانت المادة ٩٧٠ من القانون المدني قبل تعديلها بالقانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ تنص على أن الاموال الموقوفة لا تكسب بالتقادم الا اذا دامت الحيابة ثلاثة وثلاثين سنة ثم نص هذا القانون الأخير والذي عمل به اعتبارا من ١٣/٧/١٩٥٧ على انه لا يجوز تملك الاوقاف الخيرية أو كسب أي حق عيني عليها بالتقادم فان حيابة الطاعنين وحيابة من سبقهم من المشتريين حتى صدور قرار لجنة النسبة في ٢٣/١٠/١٩٦٦ بفرض حصة الخيرات في الوقت لا تؤدي الى كسب ملكية الاطيان محل النزاع بالتقادم لورودها على مال لا يجوز تملكه بهذا السبب عملا بنص المادة ٢٧٠ من القانون المدني المعملة بالقانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ لوجود حصة وقت

خبر شائعة فيها ، ولا يتدرج في ذلك إن المادة ٨٤٣ من القانون المدني تقضى باعتبار التقاسم مالكا للحصة التي آلت اليه متى أن تملك في الشيوع ذلك إن علة تقرير هذا الأثر الرجعي للقسمة هو حماية التقاسم من الحقوق التي يترتبها غيره من الشركاء على المال الشائع أثناء قيام الشيوع بحيث يخلص لكل من تقاسم نصيبه المقرر الذي خصص له في القسمة مطبوعا من هذه الحقوق ويجب قصر أعمال الأثر الرجعي للقسمة في هذا النطاق واستبعاد جميع ادعاءات التي لا يكون الأمر فيها متعلقا بحماية التقاسم من تصرفات شركائه الصادرة قبل القسمة ، لما كان ذلك وكان سند الطاعنين في تملك الأطيان محل نزاع هو وضع اليد المدة الطويلة المكتسبة للملكية وهو يعد بذاته سببا لكسب الملكية مستقلا عن غيره من أسباب اكتسابها فلا وجه من بعد لأعمال حكم الأثر الرجعي للقسمة على واقعة الدعوى - ولما كانت مدة محيضة الطاعنين التي تلت صدور حكم القسمة في ١٠/١٠/١٩٦٦ لا تكفي لتسليم الأطيان محل النزاع بالتقادم الطويل ، فإن الحكم المطعون فيه إذ رفض ادعائهم قبلها بهذا السبب يكون قد صادف صحيح القانون) .

» طعن رقم ٨٥٧ لسنة ٤٤ ق - جلسة ١٠/٦/١٩٨٠ «

٤ - (من المقرر - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أنه إذا كان البيع منصبا على جزء مقرر من العقار الشائع وكان سابقا على أجزاء القسمة بين الشركاء ، فإن المشتري في هذه الحالة لا يعتبر بالتطبيق للفقرة الثانية من المادة ٨٢٦ من القانون المدني - حتى ولو سجل عقده قبل تسجيل القسمة - شريكا في العقار الشائع ولا يكون له أي حق من حقوق الشركاء وبالتالي لا يلزم تمثيله في القسمة ، وقد تمت هذه القسمة بين الشركاء ، فإنها تكون حجة عليه ولو لم يكن طرفا فيها ، ويترتب عليها في حقه ما يترتب عليها في حق المتقاسمين من انتهاء حالة الشيوع واعتبار كل متقاسم مالكا للجزء المقرر الذي وقع في نصيبه ويتحدد بهذه القسمة نصيبه المنتصرف الصادر اليه ، فإذا وقع القدر المبيع المقرر في نصيب الشريك البائع خلس له هذا القدر ، وإن لم يقع انتقل حقه من وقت التصرف إلى

الجزء الذي آل الى البايع بطريق القسمة) .

« طعن رقم ١٤٠٩ لسنة ٢٩ ق - جلسة ١٩٨١/١/٢٠ »

١٣٩ - فلما : علم اعتبار القسمة سببا صحيحا للتملك بالتقادم الخمسي :
تعمل المادة ١/١٦٩ مدني على أنه اذا وقعت الحيازة على عقار أو على
جق عيني عقاري وكانت مقترنة بحسن النية ومستندة في الوقت ذاته الي
سبب صحيح فان مدة التقادم المكسب تكون خمس سنوات) .

وتعرف الفقرة الثالثة من ذات المادة السبب الصحيح بأنه سند
يصدر من شخص لا يكون مالكا للشيء أو صاحبا للحق الذي يراد كسبه
بالتقادم . ويجب أن يكون مسجلا طبقا للقانون .

ولما كان يشترط في السبب الصحيح للتملك بالتقادم الخمسي أن
يكون نافلا للملكية أو للحق العيني الأصل ، وكانت القسمة كاشفة للحق
وليست نافلة له ، فانها لا تصلح سببا صحيحا للتملك بالتقادم الخمسي .

فاذا ثبت أن العقار الذي تقاسم فيه الشركاء لم يكن مملوكا لهم ، فلا
يجوز للمتقاسم الذي حاز بحسن نية الجزء المقرز الذي وقع في نصيبه مدة
خمس سنوات أن يستند الى القسمة باعتبارها سببا صحيحا يخوله تملك
هذا الجزء بالتقادم ، إنما تكون العبارة في هذا الشأن بالسند الأصلي للملكية
الشائعة . فاذا كان هذا السند من شأنه أن ينتقل الملكية ولكنه صدر من
غير مالك ، كمقد بيع اشترى به الشركاء العقار الشائع من غير مالك ، فان
هذا السند هو الذي يصح اعتباره سببا صحيحا (١٨) .

واذا اشترى شخص - وهو حسن النية - عقارا من غير مالك ثم توفي
عن ورثة واقتسم الورثة هذا العقار فوقع مقرزا في نصيب واحد منهم ،
اعتبر البيع الصادر للمورث سببا صحيحا يجيز للوارث الذي انتص بالعقار

أن يتسكك بالتقادم الخمسى ، ذلك أن القسمة تكشف عن تملك هذا الشريك للمقر من وفاة المورث ، كما أن الحيازة تنتقل الى الخلف العام بصفتها (١٩٥٠) .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

(لا يصح اعتبار عقد القسمة سببا صحيحا لتمكنك بالتقادم الخمسى ، ذلك أن القسمة وفقا للمادة ٤٥٧ من القانون المدنى القديم والمادة ٨٤٣ من القانون المدنى الجديد تعتبر مفرزة للحق لا منشئة له ، ويشترط فى السبب انصحيم أن يكون من شأنه نقل الملك لو أنه صدر من المالك الحقيقى لا تقيده) .

« طعن رقم ٥٧ لسنة ٢١ ق - جلسة ١٩٥٤/٤/٢٩ » .

♦ ١٤ - ثالثا : علم اشتراط تسجيل القسمة لسريانها بين الشركاء المتقاسمين :

يفرق القانون فيما يختص بالتسجيل بين التصرفات التى من شأنها نقل الملكية العقارية والتصرفات المقررة أو الكاشفة ، فالأولى يترتب على عدم تسجيلها أن الملكية لا تنتقل لا بين المتعاقدين ولا بالنسبة الى الغير ، أما الثانية فيترتب على عدم تسجيلها أنها لا تكون حجة على الغير . وقد حرص الشارع على أن ينص على سريان هذا الحكم على القسمة العقارية ولو كان محلها أمولا موروثه .

فقد نصت المادة التاسعة فقرة أولى وثانية من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ (المعدل) بتنظيم الشهر العقارى على أن : (جميع التصرفات التى من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك يجب شهرها بطريق التسجيل ويدخل فى هذه التصرفات الوقف والوصيه .

ويتزجب على عدم التسجيل أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنتقل ولا تنفد ولا تزول لا بين ذوي الشأن ولا بالنسبة إلى غيرهم .
ولا يكون للتصرفات غير المسجلة من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين ذوي الشأن .

ونصت المادة العاشرة في فقرتها الأولى والثانية على أن : (جميع التصرفات والأحكام النهائية المقررة لحق من الحقوق العينية العقارية الأصلية يجب كذلك تسجيلها وترتب على عدم التسجيل أن هذه الحقوق لا تكون حجة على الغير .

ويسرى هذا الحكم على القسمة العقارية ولو كان محلها أموالاً مودعة) .

وينبض بالفرقة بين التصرفات الناقلة للملكية العقارية والتصرفات المقررة أو الكاشفة أن التصرف الناقل يغول المتصرف إليه حقا لم يكن له من قبل ، فهو بذلك أكبر خطرا من التصرف الكاشف الذي يقتصر أمره على تحرير حق ثابت من قبل .

وبناء على ذلك فإنه بمجرد حصول القسمة وقبل تمام التسجيل يعتبر المتقاسم فيما بينه وبين المتقاسمين الآخرين مالكا ملكية مفرزة للجزء الذي وقع في نصيبه ، ولكن لا يجوز الاحتجاج على الغير بهذه الملكية إلا بعد تسجيل القسمة ، فلهذا الغير أن يتجاهل القسمة غير المسجلة ويعتبر حالة الشيوع لا تزال قائمة (٢٠) .

ويسرى ذلك على القسمة القضائية والاتفاقية والمهاياة التي تتحول إلى قسمة نهائية .

وفي هذا قضت محكمة التقض بأن :

١ - (اذا أقر الورثة القسمة التي أجراها الحبير المنتخب من قبل المحكمة ، وصدقت المحكمة على هذه القسمة وسجل مختصر الحبير ، ثم تصرف أحد الورثة في نصيبه المقسوم كله أو بعضه بمقود مسجلة أو ثابتة التاريخ، ثم اتفق الورثة فيما بينهم بعد ذلك على تقسيم جديد لتلك الأطياف لم يدخلوا فيه معهم من تلقى الملكية بطريق الشراء عن أحدهم ، فمقد الاتفاق الأخير لا يعتبر قسمة جديدة نافذة على أولئك المشترين ، وإنما هو عقد بدل بين ملاك ، لا يكون حجة على غير المقتسمين الا اذا سجل * وبدون ذلك لا يمكن الاحتجاج بهذا البديل على الغير الذي اكتسب حقا على الحصة التي اختص بها الوارث البائع له بموجب القسمة والا ولى وحفظ هذا الحق بالتسجيل) *

« طعن رقم ١٦ لسنة ١ ق - جلسة ١٧/١٢/١٩٣٦ »

٢ - (متى كان الحكم اذا قرر أن القسمة مقررة للحق وليست منشئة له وتسجيلها غير لازم للاحتجاج بها فيما بين المتعاقدين أو طرفي الخصومة في دعوى القسمة وان كان واجبا بالنسبة للغير وهم من لهم حقوق عينية على المقار محل القسمة وليس من بينهم المستاجر لأنه صاحب حق شخصي ، فان هذا الذي قرره لا خطأ فيه ويتفق مع المادة العاشرة من قانون الشهر العقاري رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦) *

« طعن رقم ٩٦ لسنة ٢٢ ق - جلسة ٣/١١/١٩٥٥ »

٣ - (مؤدى المادة العاشرة من قانون الشهر العقاري أنه بمجرد حصول القسمة وقبل تسجيلها يعتبر المتقاسم فيما بينه وبين المتقاسمين الآخرين مالكا ملكية مفروزة للجزء الذي وقع في نصيبه دون غيره من أجزاء المقار المقسم ، وأنه لا يحتج بهذه الملكية المفروزة على البشير الا اذا سجلت القسمة) *

« طعن رقم ٣٦٤ لسنة ٢٩ ق - جلسة ٢/٤/١٩٦٤ »

٤ - (الغير فى حكم المادة العاشرة من قانون.الشهر العاشر رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ هو من تلقى حقا عينيا على المقار الشائع على أساس أنه مازال مملوكا على الشيوع وقام بشهر هذا الحق وفقا للقانون قبل شهر مسننه (القصة) .

- (أثر القصة غير المسجلة على المشتري للمقار من أحد الشركاء فيه يعقد مسجل قبل القصة .

(١) التصرف فى قدر شائع : اذا اشترى من أحد الشركاء نصيبه أو بعضه شائما وسجل عقده قبل تسجيل عقده القصة اعتبر المشتري من الغير وبالتالي لا يحتج عليه بهذه القصة يستوى فى ذلك أن يكون شراؤه سابقا على اجراء القصة أم لاحقا لها ويصبح فى الحالين شريكا فى المقار الشائع بقدر الحصة التى اشتراها ويكون هو دون البائع له صاحب الشأن فى القصة التى تجرى بخصوصى هذا المقار قضاء أو اتفاقا بل له أن يطلب اجراء قصة جديدة اذا لم يرتضى القصة التى تمت دون أن يكون طرفا فيها .

وب) التصرف فى المرفز قبل القصة : اذا كان البيع منصبا على جزء مرفز من مصدر اشائع وكان مسابقا على اجراء القصة بين الشركاء فان المشتري فى هذه الحالة لا يعتبر بالتطبيق للفترة الثانية من المادة ٨٢٦ من القانون المدنى حتى ولو سجل عقده قبل تسجيل القصة - شريكا فى المقار اشائع ولا يكون له اى حق من حقوق الشركاء وبالتالي لا يلزم تمثينه فى القصة . ومتى تمت هذه القصة بين الشركاء فانبا تكون حجة عليه ولو لم يكن طرفا فيها ويترتب عليه فى حقه ما يترتب عليها فى حق المتقاسمين من انتهاء حالة الشيوع واعتبار كل متقاسم مالكا للجزء المرفز الذى وقع فى نصيبه ويتحدد بهذه القصة مصدر التصرف الصادر اليه فاذا وقع القدر المبيع المرفز فى نصيب الشريك البائع خلص له هذا القدر وان لم يقع انتقال حقه من وقت التصرف الى الجزء الذى آل الى البائع بطريق القصة .

(ج) التصرف في المرفز بعد القسمة : اذا كان التصرف في الجزء المرفز لاحقا لاجراء قسمة لم تسجل فان الأمر لا يخرج عن أحد قرصين : (الأول) أن يكون الشريك البائع قد تصرف في نصيبه الذي خصص له في القسمة وفي هذه الحالة تكون القسمة حجة على المشتري ولا يجوز له أن يتحلل منها بحجة عدم تسجيلها أما على أساس أنه لا يعتبر من الغير في حكم المادة ١٠ من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ لأنه قد تلقى حقه على أساس القسمة التي تمت لا على أساس أن الشيوع ما زال قائما وأما على أساس أنه يشمله الجزء المرفز الذي اختص به الشريك البائع بمقتضى القسمة غير المسجلة يكون قد ارتضاها . (الثاني) أن يقع التصرف على جزء مرفز غير الجزء الذي اختص به الشريك البائع بمقتضى القسمة غير المسجلة - في هذه الحالة لا يتلقى المشتري حقه على أساس القسمة اذ هو قد أنكرها بشرائه ما لم تخصصه للبائع له وإنما على أساس أن الشيوع ما زال قائما رغم اجراء القسمة ، ومن ثم فان المشتري اذا سجل عقده قبل تسجيل القسمة يعتبر في هذا الفرض من الغير ولا يحتج عليه بالقسمة التي تمت ويكون له اذا لم يرتض هذه القسمة أن يطلب اجراء قسمة جديدة) .

« طعن رقم ٤٩٤ لسنة ٢٩ ق - جلسة ١٩٦٥/١٢/٢ »

٥ - (الفرض من تسجيل القسمة لامكان الاحتجاج بها على الغير هو شهرها حتى يكون في استطاعة هذا الغير أن يعلم وقت صدور التصرف اليه من أحد المتقاسمين ما اذا كان المقار موضوع التصرف قد وقع في القسمة في تصنيف المتصرف او لم يقع) .

« طعن رقم ١٩٤ لسنة ٣٠ ق - جلسة ١٩٦٦/٢/٢٤ »

٦ - (مؤدى المادة العاشرة من قانون الشهر العقاري أنه بمجرد حصول القسمة وقبل تسجيلها يعتبر المتقاسم فيما بينه وبين المتقاسمين الآخرين مالكا ملكية مفرزة للجزء الذي وقع في نصيبه دون غيره من أجزاء المقار المقسم وأنه لا يحتج بهذه الملكية المفرزة على الغير الا اذا سجلت

القسمه (.

« طعن رقم ٢٩١ لسنة ٣٦ ق - جلسة ١٩٧٥/١/٣٠ »

٧ - (لما كان يترتب على قسمه المال الشائع أفراز حصه الشريك فيه بآثر كاشف للحق لا منفي له وفق ما تقرره المادة ٨٤٣ من التقنين المدني فيعتبر المتقاسم مالكا للحصه التي آلت اليه منذ أن تملك على الشيوع وأنه لا يملك غيرها في بقيه الحصص ، وأن تسجيل القسمة غير لازم في العلاقة بين المتقاسمين على ما ينص عليه قانون الشهر العقاري ، ويعتبر كل متقاسم في علاقته بزملائه المتقاسمين الآخرين مالكا ملكية مفردة لنصيبه بالقسمه ولو لم تسجل على خلاف الغير الذي لا يحتج عليه بها الا بتسجيلها ، ولما كان الحكم المطعون فيه لم يمن بالرد على ما تمسك به الطاعن بشأن حصول قسمه فعليه لأطيان المورث الأصلي ولم تقع أطيان النزاع ولا جزء منها ضمن ما اختص به نورث المطعون ضده الثاني مم كونه دفاعا جوهريا كان يحسن التصدي له ومناقشته ، اذ لو ثبتت القسمه لكان من الجائز أن يتغير وجه الرأي في الدعوى ، فانه يكون مشوبا بالتصور) .

« طعن رقم ٤٩٦ لسنة ٤١ ق - جلسة ١٩٧٥/١١/٢٤ »

٨ - (اذ نصت المادة ٨٤٣ من القانون المدني على أن : « يعتبر المتقاسم مالكا للحصه التي آلت اليه منذ أن تملك في الشيوع وأنه لم يملك غيرها شيئا في بقيه الحصص » فقد دلت على أن القسمه مقررة أو كاشفة للحق سواء كانت عقدا أو قسمه قضائية لها أثر رجعي ، فيعتبر المتقاسم مالكا للحصه التي آلت اليه منذ أن تملك في الشيوع وأنه لم يملك غيرها في بقيه الحصص وذلك حماية للمتقاسم من الحقوق التي يترتبها غيره من الشركاء على المال الشائع أثناء قيام الشيوع بحيث يخلص لكل متقاسم نصيبه المفرد الذي خصص له في القسمه مطهرا من هذه الحقوق وبوصفها من العقود الكاشفة فتثبت الملكية بمقتضاها فيما بين المتعاقدين بالعقد ذاته ولو لم يكن

« طعن رقم ٦٢ لسنة ٤٦ ق - جلسة ١١/١٢/١٩٧٩ »

٩ - (مؤدى نص المادة العاشرة من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ فى شأن تنظيم الشهر العقارى أنه بمجرد حصول القسمة وقبل تسجيلها يعتبر المتقاسم فيما بينه وبين المتقاسمين الآخرين مالكا-ملكية مفرزة للجزء الذى وقع فى نصيبه دون غيره من أجزاء العقار المقسم ، وأنه لا يحتج بهذه الملكية المفرزة على الغير الا اذا سجلت القسمة) -

« طعن رقم ٥٩١ لسنة ٤٦ ق - جلسة ١٢/٢/١٩٨٠ »

١٠ - (من المقرر - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن مؤدى المادة العاشرة من قانون الشهر العقارى أنه بمجرد حصول القسمة وقبل تسجيلها يعتبر المتقاسم فيما بينه وبين المتقاسمين الآخرين مالكا ملكية مفرزة للجزء الذى وقع فى نصيبه دون غيره من أجزاء العقار المقسم ، الا أنه لا يحتج بهذه الملكية المفرزة على الغير الا اذا سجلت القسمة) -

« طعن رقم ١١٥٧ لسنة ٤٧ ق - جلسة ٢٨/٤/١٩٨١ »

١١ - (وفقا للمادة ٨٤٣ من القانون المدنى يترتب على صدور حكم بالقسمة أن يعتبر المتقاسم مالكا للحصة التى آلت اليه منذ أن تملك فى الشيوع وأنه لم يملك غيرها شيئا فى بنية الحصص وأن ما يقضى به حكم القسمة ملزم لكافة الشركاء المتقاسمين الذين كانوا طرفا فى دعوى القسمة بما حده من نصيب لكل منهم) -

« طعن رقم ٣٧٦ لسنة ٤٣ ق - جلسة ٢٦/٤/١٩٨٣ »

١٢ - (أثر القسمة قبل تسجيلها - اعتبار المتقاسم فيما بينه وبين المتقاسمين الآخرين مالكا ملكية مفرزة للجزء الذى وقع فى نصيبه - عدم الاحتجاج بهذه الملكية المفرزة على الغير اذا سجلت القسمة - الغير فى حكم المادة ١٠ من قانون الشهر العقارى ١١٤ لسنة ١٩٤٦ - ماهيته - المشترى

لنصيب أحد الشركاء أو بعضه شائعا وسجل نفعه قبل تسجيل القسمة .
اعتباره غيرا سواء كان شراؤه سابقا أو لاحقا على احراء القسمة . مؤدى
ذلك) .

« طعن رقم ١٠٣ لسنة ٥١ ق - جلسة ١٩٨٦/٢/١٢ »

١٣ - (القسمة غير المسجلة . اثرها . اعتبار المتقاسم فيما بينه وبين
المتقاسمين الآخرين مالكا ملكية مفرزة للجزء الذى وقع فى نصيبه . عدم
الاحتجاج بهذه الملكية على الغير الا اذا سجلت) .

« طعن رقم ٣١٤ لسنة ٥٣ ق - جلسة ١٩٨٧/٦/٢١ »

١٤ - (القسمة غير المسجلة . اثرها . اعتبار المتقاسم فيما بينه وبين
المتقاسمين الآخرين مالكا ملكية مفرزة للجزء الذى وقع فى نصيبه . عدم
الاحتجاج بهذه الملكية على الغير الا اذا سجلت القسمة ... الخ) .

« طعن رقم ١١٢٧ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/١/٢٠ »

١٥ - (القسمة غير المسجلة . اثرها . اعتبار المتقاسم فيما بينه وبين
المتقاسمين الآخرين مالكا ملكية مفرزة لنصيبه . عدم الاحتجاج بهذه الملكية
على الغير الا اذا سجلت القسمة . الغير . ماهيته) .

« طعن رقم ٦٠٤ لسنة ٥١ ق - جلسة ١٩٨٨/٣/٣٠ »

١٦ - (القسمة غير المسجلة . اثرها . اعتبار المتقاسم فيما بينه وبين
المتقاسمين الآخرين مالكا ملكية مفرزة للجزء الذى وقع فى نصيبه . عدم
الاحتجاج بهذه الملكية على الغير الا اذا سجلت القسمة . المقصود بالغير فى
حكم المادة ١٠ من قانون تنظيم الشهر العقارى) .

« طعن رقم ٧٤٦ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/١٥ »

٤٩١ - المقصود بالغير :

الغير هي هذا المقام كل من تلقى حقا عينيا على المقار على أساس أنه ما زال مملوكا على الشيوخ . وقد يشهره طبقا للقانون " يستوى أن يكون حقه أصلية أو تبعيا . " كما يشترط أن يكون قد علم بالقسمة بطريق آخر أو لم يعلم . بل حتى ولو كان قد توافقا مع أحد المتقاسمين على الإضرار ببقية الشركاء (٢١) .

أما من تلقى من أحد الشركاء حقا مفروزا فإنه لا يعتبر غيرا ولو سبق إلى تسجيل حقه قبل أن تسجل القسمة إذ أن حقه في الجزء المفروز الذي انصب عليه التصرف يتوقف مصيره على النتيجة التي تنتهي إليها القسمة (٢/٨٢٦ م مدني) .

والمشترى لجزء مفروز بعد القسمة لا يعتبر من الغير فليس له أن يحتج بعدم تسجيل القسمة . فإذا اقتسم شريكان أرضا ، واختص كل منهما بجزء مفروز منها ، وقبل تسجيل القسمة باع أحد الشريكين نصيبه المفروز فليس لمشتري هذا النصيب أن يحتج بعدم تسجيل القسمة ، ولأن الأرض لا تزال على الشيوخ ، وأنه بشرائه النصيب المفروز قد أصبح مالكا على الشيوخ (٢٢) .

ويجوز كذلك بجانب الغير بمعناه الفني شخص اجنبي أصلا عن للقسمة (انظر إلى البند التالي) .

ولا يعتبر المستأجر من الغير ، لأنه صاحب حق شخصي لا عيني .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

١ - (الغير في حكم المادة العاشرة من قانون الشهر العقاري هو من تلقى حقا عينيا على المقار على أساس أنه ما زال مملوكا على الشيوخ

(٢١) أحمد سلامة ص ٤٠٩ .

(٢٢) السنهوري ص ١٢٨٢ هامش (٧) .

وقد بتسجيله قبل تسجيل سنده القسمة . وأما من تلقى من أحد الشركاء حصة مفزاة فانه لا يعتبر غيرا ولو سبق الى تسجيل حقه قبل أن تسجل القسمة ، إذ أن حقه في الجزء المقرز الى انصب عليه التصرف يتوقف مصيره على النتيجة التي تنتهي اليها القسمة وفقا لما هو مقرر بالمادة ٢/٨٢٦ من القانون المدني من أن التصرف إذا انصب على جزء مفزاة من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف انتقل حق المتصرف اليه من وقت التصرف الى الجزء الذي اختص به المتصرف بموجب القسمة ، مما مفاده أن القسمة غير المسجلة يحتج بها على من اشترى جزءا مفزاة من أحد المتقاسمين ويرتب عليها في شأنه ما يترتب عليها في شأن المتقاسمين من انتهاء حالة الشيوع واعتبار كل متقاسم مالكا للجزء المقرز الذي وقع في نصيبه بموجب القسمة . ومن ثم فانه لا يكون لمن اشترى جزءا مفزاة لم يقع في نصيب البائع له بموجب القسمة أن يطلب الحكم بفسخ عقد البيع بالنسبة الى ذلك الجزء طالما أن القسمة وإن كانت لم تسجل تعتبر حجة عليه وترتب انتقال حقه من الجزء المقرز المقود عليه الى النصيب الذي اختص به البائع له بموجب تلك القسمة .

« طعن رقم ٣٦٤ لسنة ٢٩ في - جلسة ١٩٦٤/٤/٢ »

٣ - (الغير في حكم المادة العاشرة من قانون الشهر العقاري هو من تلقى حقا عينيا على العقار على أساس أنه ما زال مملوكا على الشيوع ، وقام بتسجيله قبل تسجيل القسمة ، وأما من تلقى من أحد الشركاء حصة مفزاة فانه لا يعتبر غيرا ولو سبق الى تسجيل حقه قبل تسجيل القسمة ، إذ أن حقه في الجزء المقرز الذي انصب عليه التصرف يتوقف مصيره على النتيجة التي تنتهي اليها القسمة ، وذلك لما هو مقرر بالمادة ٢/٨٢٦ من القانون المدني من أن التصرف إذا انصب على جزء من المال الشائع ، ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف انتقل حق المتصرف اليه من وقت التصرف الى الجزء الذي اختص به المتصرف بموجب القسمة ، مما مفاده أن

القسمة غير المسجلة يفتح بها على من اشترى جزء مفزاً من أحد المتقاسمين ،
ويترتب عليها في شأنه ما يترتب عليها في شأن المتقاسمين من انهاء حالة
الشيوع ، واعتبار كل متقاسم مالكا الجزء المفز الذي وقع في نصيبه بموجب
القسمة ومن ثم فانه لا يكون لمن اشترى جزءا مفزاً لم يقع في نصيب
البائع له بموجب القسمة أن يطلب الحكم بصفحة عقد البيع بالنسبة الى ذلك
الجزء ذاته ، طالما أن القسمة وان كانت لم تسجل تعتبر حجة عليه ، وترتب
انتقال حقه من الجزء المفز المقود عليه الى النصيب الذي اختص به البائع
بموجب تلك القسمة ، *

« طعن رقم ٢٩١ لسنة ٣٩ ق - جلسة ١٩٧٥/١/٣٠ »

٣ - (الفير في حكم المادة الماشرة من القانون رقم ١١٤
لسنة ١٩٤٦ في شأن تنظيم الشهر العقاري - وعلى ما جرى به قضاء هذه
المحكمة - هو من تلقى حقا عينيا على العقار على أساس أنه ما زال مملوكا
على الشيوع وقام بتسجيله قبل تسجيل سند القسمة ، وأما من تلقى من
أحد الشركاء حقا مفزاً فانه لا يعتبر غيراً ولو سبق الى تسجيل حقه قبل
أن تسجل القسمة ، ومن ثم فان القسمة غير المسجلة يحتج بها على من اشترى
جزءاً مفزاً من أحد المتقاسمين ويترتب عليها في شأنه ما يترتب عليها في
شأن المتقاسمين من انهاء حالة الشيوع واعتبار كل متقاسم مالكا للجزء المفز
الذي وقع في نصيبه بمقتضى القسمة) *

« طعن رقم ٥٩١ لسنة ٤٦ ق - جلسة ١٩٨٠/٢/١٢ »

٤ - (مؤدى المادة الماشرة من قانون الشهر العقاري - وعلى ما جرى
به قضاء هذه المحكمة - أنه بمجرد حصول القسمة وقبل تسجيلها يعتبر
المتقاسم فيما بينه وبين المتقاسمين الآخرين مالكا ملكية مفزة للجزء الذي
وقع في نصيبه هو دون غيره من أجزاء العقار المقسم وأنه لا يحتج بهذه الملكية
المفزة على الفير الا اذا سجلت القسمة ، وأن الفير في حكم المادة المذكورة
هو من يتلقى حقا عينيا على العقار على أساس أنه ما ازل مملوكا على الشيوع

١٠- وقام بتسجيله قبل تسجيل سنده القسمة ، أما من تلقى من أحد الشركاء حقا مفزرا فإنه لا يعتبر غيوا ولو سبق إلى تسجيل حقه قبل أن تسجيل القسمة ، إذ أن حقه في الجزء المقر الذي انصب عليه التصرف يتوقف منبذره على النتيجة التي تنتهي إليها القسمة وذلك لما هو مقرر بالمادة ٢/٨٢٦ من القانون المدني من أن التصرف إذا انصب على جزء مقرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذي اختص به المتصرف بموجب القسمة مما مفاده أن القسمة غير المسجلة يحتج بها على من اشترى جزءا مفزرا من أحد المتقاسمين ويرتب عليها في شأنه ما يترتب عليها في شأن المتقاسمين من انهاء حالة الشيوع واعتبار كل متقاسم مالكا الجزء المقرز الذي وقع في نصيبه بموجب القسمة) .

« طعن رقم ١٦١ لسنة ٤٧ ق - جلسة ١٩٨٠/١٢/٩ »

٩- (الفقرة في حكم المادة العاشرة من قانون الشهر العقاري هو من تلقى حقا عينيا على العقار على أساس أنه ما زال مملوكا على الشيوع وقام بتسجيله ، قيل : تسجيل سنده القسمة ، فالتسبى لصة شائعة من أحد الشركاء على الشيوع ، إذا سجل بغيره قبل تسجيل عقد القسمة ، يعتبر من الغير وبالتالي لا يحتج عليه بهذه القسمة . ويكون هو دون البائع له صاحب الشأن في القسمة التي تجرى بخصوص هذا العقار ، وله أن يطلب اجراء قسمة جديدة ، إذا لم يرض القسمة التي تمت دون أن يكون طرفا فيها) .

« طعن رقم ١١٥٧ لسنة ٤٧ ق - جلسة ١٩٨١/٤/٢٨ »

٦- سند قسمة هذه المحكمة قد جرى بأن تسجيل القسمة غير لازم في العلاقة بين المتقاسمين على ما ينص عليه قانون الشهر العقاري ، وذلك على خلاف الغير الذي لا يحتج عليه بها إلا بالتسجيل وأنه في هذا الصدد يعد غيوا من تلقى حقا عينيا على العقار على أساس أنه ما زال مملوكا على الشيوع وقام بتسجيله قبل تسجيل سنده القسمة ولا يعتبر المستاجر لقدر من عقار

شائع من ثم غيرا لأنه صاحب حق شخصي) .

« طعن رقم ٦١٤ لسنة ٤٩ ق ب جلسة ١٧/١٢/١٩٨٤ هـ »

٧ - (الفقرة حتى حكم المادة العاشرة من قانون الشهر العقاري . ماهيته . عدم اعتبار من تلقى حقا مفزعا من أحد الشركاء غيرا ولو من أجل جقة قبل تسجيل القسمة . أثره . ليس له أن يطلب اليكم بتثبيت ملكيته بالنسبة للجزء المفروز الذي اشتراه طالما أنه لم يقع في نصيب البائع له بموجب القسمة ولو لم تسجل) .

« طعن رقم ٣١٤ لسنة ٥٣ ق - جلسة ٢٩/٦/١٩٨٧ هـ » (٢٣)

١٤٢ - يجوز للغير التمسك بالقسمة غير المسجلة :

شرع التسجيل لحماية الغير الذي يحتج عليه بالقسمة ، فهي حماية مقررّة لصالح الغير ، ولكنها ليست مفروضة عليه . ومتضمنة هذا أنه يجوز للغير أن يتسك بالقسمة رغم عدم تسجيلها ، ولا يجوز للمتقاسمين أن يتسكوا بعدم تسجيل القسمة (٢٤) .

فمن اشترى حصة من عقار شائع وقام بتسجيلها قبل تسجيل القسمة ، فإن المتقاسم وإن كان لا يستطيع أن يحتج عليه بالقسمة غير المسجلة إلا أن الغير يحق له بالرغم من عدم تسجيل القسمة أن يتسك بها في

(٢٣) وقضى بأن : (قبول طلب شهر المحرر يقتضى إثبات أصل ملكية البائع أو المتصرف ولا يقبل في إثبات ذلك إلا أوراق معينة منصوص عليها في قانون الشهر العقاري والتوثيق رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ ، فقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٢٣ على أنه لا يقبل من المحررات فيما يتعلق بإثبات أصل الملكية أو الحق العيني وفقا للمادة السابقة إلا المحررات التي سبقت شهرها ثم أوردت طائفة أخرى من الأوراق ليس من بينها المحررات المؤثرة بصلاحياتها ، وعقود القسمة العرفية اللاحقة لصدور القانون) .

« طعن رقم ٨٨٧ لسنة ٤٣ ق - جلسة ٢٣/٢/١٩٧٨ هـ »

(٢٤) الصلة ص ٢٤٧ - أحمد سلامة ص ٤٠٩ .

مواجهة الشركاء فقد أصبح بسرائه الحصاة الشائعة شريكا معهم ؛ وله أن يعتبر :
القسم غير المسجلة نافذة في حقوقه حتى يثبت الشركاء .

فإذا كانت هناك أرض شائعة بين مالكين واقتساماها باختصاص أحدهما
بالقسم الشرطي عن الأرض والآخى بالقسم الغربى ولم تسجل القسم ،
وباع الجار الملاصق للقسم الشرقى أرضه ، وهذا الجار يعتبر أجنبيا أصلا عن
القسم ، لم يعتبر للشريك البنى واقع في نصيبه بالقسم الغربى الأخذ بالشفعة
ذلك أن هذا الشريك قد اعتبر بالنسبة الى الجار الملاصق للقسم الشرقى
مالكا ملكية بغيره للقسم الغربى بالقسم حتم ، قبل أن تسجل ، ولم يصبح
مالكا للقسم الشرقى الملاصق للعقار المشفوع فيه ، فلم يعد جارا ملاصقا حتى
يصح له الأخذ بالشفعة ويستطيع الجار وهو أجنبى أصلا عن القسم أن
يتسك عليه بالقسم غير المسجلة (٢٥) .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١ - (أن عدم تسجيل عقد القسم لا يمنع غير المتقاسمين من التمسك
بحصول القسم وخروج أحد الشركاء بمقتضاها من الشيوع واستقلاله بجزء
من العقار وفقدانه تبعا لذلك حتى طلب الشفعة . وذلك لأن التسجيل هنا
إنما شرع لفائدة الغير صونا لحقوقهم ، فعدم حصوله لا يصح أن يعود بضرر
عليهم ولا ينفذ على من لم يقم به) .

« القضية رقم ٣٤ لسنة ١١ ق - جلسة ١٩٤٢/١/٢٩ - مجموعة عمر

ج ٢ ص ٤٠٩ »

٢ - (جرى قضاء هذه المحكمة على أن عدم تسجيل عقد التسمية
لا يمنع غير المتقاسمين من التمسك بحصول القسم وخروج أحد الشركاء
بمقتضاها من حالة الشيوع واستقلاله بجزء من العقار وفقدانه تبعا حتى

الشفعة ذلك أن التسجيل هنا إنما شرع لفائدة الغير صونا لحقوقهم فعدم حصوله لا يصح أن يعود بضرر عليهم وينفع هل من لم يتم به (٤)
« طعن رقم ٩٨ لسنة ٤٢ ق - جلسة ١٩٥٥/٣/١٧ »

٣ - (ان المتادة ١٠ من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ الخاص بالشهر العقاري اذ تنص على أن « جميع التصرفات والأحكام النهائية المقررة لحق من الحقوق العينية العقارية الأصلية يجب كذلك تسجيلها ويترتب على عدم التسجيل أن هذه الحقوق لا تكون حجة على الغير ويسرى هذا الحكم على القسيمة العقارية ولو كان محلها أموالا موروثة » فإن مؤدى ذلك أنه يجوز لتغير اعتبار حالة الشروع لا تزال قائمة طالما أن عقد القسيمة أو الحكم المقرر لها لم يسجل وإذا كان التسجيل في هذه الحالة قد شرع لفائدة الغير وصونا لحقه فإنه يكون له أن يرتضى التهمة التي تمت ويعتبر بذلك متنازلا عن هذا الحق الذي شرع لفائدته)
« طعن رقم ٣٠٢ لسنة ٢٤ ق - جلسة ١٩٥٩/١/١٥ »

موضوع رقم (٧)

ضمان التعرض والاستحقاق في القسمة

١٤٣ - النص القانوني :

مادة ٨٤٤ مدني :

(يضمن المتقاسمون بعضهم لبعض ما قد يقع من تعرض أو استحقاق لسبب سابق على القسمة ، ويكون كل منهم ملزماً بنسبة حصته أن يتعرض مستحق القسمة ، على أن تكون المبرة في تقدير الشيء بقيته يوم القسمة . فإذا كان أحد المتقاسمين مضرراً ، وزع القدر الذي يلزمه على مستحق الضمان وجبى المتقاسمين غير المضررين .

غير أنه لا محل للضمان إذا كان هناك اتفاق صريح يقضى بالإعفاء منه في الحالة الخاصة التي نشأ عنها ، ويستنتج الضمان أيضاً إذا كان الاستحقاق راجعاً إلى خطأ المتقاسم نفسه) .

١٤٤ - حكمة الضمان في القسمة :

يستند الضمان في عقد البيع ، إلى أن عقد البيع ناقل للملكية ، فالبائع ينقل ملكية المبيع إلى المشتري فيضمن له ما نقل .

أما القسمة فهي - كما رأينا - ليست ناقلة للملكية وإنما كاشفة لها ، ومع ذلك ترتب القانون عليها ضمان التعرض والاستحقاق كما ترتب على عقد البيع ، وقد تفيا من ذلك كفالة المساواة بين المتقاسمين فيقتضي القسمة يجب أن يحصل كل شريك على حصة مفرزة تقابل ما كان له في المال الشائع من حصة شائعة . فإن اتضح أن أحدهم قد تعرض لاستحقاق حصته كلها أو بعضها كان معنى ذلك أنه لم يأخذ نصيبه الكامل في الأموال المشتركة ،

الأمر الذى يقتضى تعويضه ، والحقيقة أن المال الذى استحق فى يد المتقاسم لم يكن من الواجب ادخاله فى القسمة ، أما وقد أدخله الشركاء فيها فإن الشريك الذى اختص به يجب أن يعرض لتعود المساواة والتوازن بين المتقاسمين جميعاً ، فالالتزام بالضمان هو تطبيق لمبدأ يجب أن يسود القسمة • وهو مبدأ المساواة (١) •

١٤٥ - العلاقة بين أحكام الضمان فى البيع وأحكام الضمان فى القسمة :

وضم المشرع قواعد تفضيلية للضمان فى البيع تضمنتها المواد (٤٣٩ مدنى وما بعدها) ، بينما لم يرد فى شأن الضمان فى القسمة سوى نص المادة ٨٤٤ مدنى •

ولذلك فإن نص المادة الأخيرة هو الذى يحكم الضمان فى القسمة فإذا خلا من تنظيم وضع معين تعين الرجوع فى ذلك إلى الأحكام التى تنظم الضمان فى البيع ، بشرط ألا تتعارض مع طبيعة القسمة باعتبارها كاشفة للملكية من ناحية وباعتبارها تكفل المساواة بين المتقاسمين من ناحية أخرى (٢) •

الشروط الواجب توافرها لقيام

ضمان التعرض والاستحقاق

١٤٦ - الشرط الأول : وقوع تعرض أو استحقاق :

يجب وقوع تعرض أو استحقاق ••

فمجرد خسفية وقوع التعرض أو الاستحقاق لا تكفى لتحريك

(١) عبد المنعم البدرأوى ص ١٩٤ - محمد كامل مرسي ص ٢٣٩ •

(٢) اسماعيل غانم ص ٢٥٨ - أحمد سلامة ص ٤٢٠ وما بعدها . وقد قيضت محكمة النقض فى ظل التقنين السابق الذى كان خالياً من النص على ضمان المتقاسم ، بأن القواعد التى تحكم ضمان البائع هى التى تحكم ضمان المتقاسم •

« نقض ١٠/١٠/١٩٤٦ - مشور بصحيفة ٢١٨ هامش (١٧) •

الصَّكَّان (٣) :-

كما لا يكفي أن تكون هناك عيوب خفية في المال المفروض الذي وقع في نصيب المتقاسم لأن القانون لم يوجب في القسمة ضماناً للميوب الخفية كما أوجب في البيع ، ويرجع ذلك الى وجود فرق جوهري بين البيع والقسمة ، اذ ليس هناك ما يلجئ المشتري الى قبول مبيع معيب ، أما الشيء الشائع فلأنه بعد أن تشمل القسمة ولو كان معيباً فيقع في نصيب أحد المتقاسمين على أي حال ، واكتشاف هذا العيب لا يعنى سوى أن المال الذي آل الى المتقاسمين قد قوم بأكثر من قيمته ولذلك لا يكون له إلا أن يرجع على سائر المتقاسمين بنقض القسمة بسبب العيب اذا كان العيب يزيد على الخمس طبقاً لنص المادة ٨٤٥ مدني . ومن المقرر أن نقض القسمة بسبب العيب مقصور فقط على القسمة الحاصلة بالتراضي دون القسمة القضائية ، ولا غرابة في ذلك فإن المشرع قد أسقط ضمان الميوب الخفية ذاته في البيوع القضائية (م ٤٥٤ مدني) .

والمادة ٨٤٤ تتناول التعرض والاستحقاق الصادرين من الغير .

١- المتقاسم .

فإذا كان التعرض أو الاستحقاق صادراً من الغير طبق حكم المادة

لمذكورة .

وتعرض الغير الذي يضمه المتقاسم هو التعرض القانوني اذ أن المتقاسم

شأنه في ذلك شأن البائع لا يضمن التعرض المادي الصادر من الغير (٤) .

(٣) ولا يكون أمام المتقاسم الا أحد أمرين الأول : أن يجسب الثمن أو المعدل حتى يزول التعرض - ما لم يمنعه عن ذلك شرط في العقد - وذلك قياساً على حكم المادة ٢/٤٥٧ مدني الواردة بخصوص البيع . والثاني : أن يجسب للغير بحقه فيقع الاستحقاق ويتوافر الشرط الأول ، ولكن هذا التسليم يقع تحت مسئوليته (أحمد سلامة ص ٤٢١ هلمش (٢) - عرقه ص ٢٢٣ - منصور مصطلحي منصور ج ٢٢٣) .

(٤) فإذا قام الغير بأي فعل مادي يخل بانتفاع المتقاسم بما يخص به =

والتمرض القانوني هو الادعاء بحق سواء كان هذا الحق هو حق الملكية أو كان حقا عينيا آخر كالانتفاع أو الرهن أو كان حقا شخصيا بشرط أن يكون نافذا في مواجهة المتقاسم الذي وقع عليه التمرض ويكون من شأنه أن ينتقص من قيمة المال الذي اختص به ، كما لو تبين أن العين التي اختص بها في القسمة مؤجرة من المورث بأجر يقل عن أجر المثل .

ويجب بطريق القياس تطبيق القاعدة المنصوص عليها في المادة ٢/٤٤٥ مدني بخصوص البيع ، فلا يضمن المتقاسم حق الارتفاق إذا كان هذا الحق ظاهرا أو كان قد أشير إليه في القسمة .

ولما كان الرأي السائد في البيع يقيس على الارتفاق سائر التكاليف ، فكذا في القسمة .

وعلى ذلك فإنه في المثل السابق الذي تكون فيه العين مؤجرة يأفل من أجل المثل لا يكون للمتقاسم الرجوع إلا إذا كانت القسمة أو أوراق أخرى كمراسلات المتقاسمين قد خلت من الإشارة إلى عقد الإيجار(*) .

وقد يكون التمرض عن طريق رفع دعوى للمطالبة بالحق المدعى به - وهذا هو الغالب - إلا أنه قد يقع دون رفع دعوى كان يعتقد المتقاسم أن الغير على حق فيما يدعيه فيقوم بشراء العين المدعى باحق عليها من مالها الذي يتمرض ، أو يسلم المتقاسم للمتمرض بما يدعيه أو يصالحه عليه . ولكن للمتقاسمين المدينين بالضمان في هذه الحالة أن يثبتوا أن الغير لم يكن على حق فيما يدعيه على خلاف ما ادعاء المتقاسم وعندئذ يفقد الأخير حقه في الرجوع بالضمان .

= في القسمة كاختصاص العين ، فلا يسأل عن ذلك المتقاسمون الآخرون وعلى من وقع عليه التمرض أن يحمي حقه بالوسائل التي يخولها له القانون - محمد علي عرفة ص ٢٢٣ .
(٥) اسماعيل غانم ص ٢٥٩ - منصور مصطفى منصور ص ٢٢٣ .

أما الاستحقاق فيتم بالحكم للأجنبي بملكية حصة المتقاسم الدائن
بالتضامن كلها أو باستحقاقه لجزء منها (٦) .

أما إذا وقع التعرض من أحد المتقاسمين فإنه يتعين التفرقة بين التعرض
المادى والتعرض القانونى .

فإذا كان التعرض ماديا امتنع على المتقاسم التعرض المادى . لتقاسم
آخر ، وهذا بالتطبيق للقواعد العامة المنصوص عليها فى المادة ١/١٤٨ مدنى
التي تقضى بأنه : (يجب تنفيذ المصلحة طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق
مع ما يوجبه حسن النية) ، فإذا كان فى الأموال الشائعة متجر وقع مفزرا
فى نصيب أحد المتقاسمين لم يجوز لتقاسم آخر أن يتعرض تعرضا ماديا
للمتقاسم الذى وقع فى نصيبه المتجر ، فيقيم متجرا آخر يناكسه ويعمل على
ضرب علامته المتجر الأول (٧) .

أما إذا كان التعرض قانونياً ، كان كان أحد الأموال التي شملتها
القسمه ملكاً لأحد المتقاسمين فوقعت فى نصيب متقاسم آخر ، فقد انقسم
الرأى بشأنه فذهب رأى إلى عدم التزام المتقاسم بعدم التعرض ، اد يجوز
لهذا المتقاسم أن يسترد العين من المتقاسم الآخر ولا يمنعه من ذلك التزام
بالتضامن ذلك أن القسمه كاشفة عن الحق لا ناقله له ، والمالك للعين لم ينقل
ملكيتها بالقسمه للمتقاسم الآخر ، فليس عليه التزام بالتضامن . وإنما يجوز
فى هذه الحالة ابطال القسمه للفلسط كما يجوز بعد أن يسترد المالك العين
المملوكة له أن يطلب المتقاسم الذى وقعت هذه العين فى نصيبه نقض القسمه
للعين إذا توافرت شروطه أو يرجع بضمان الاستحقاق - على النحو الذى
سيرد تفصيله - وهذه الأحكام عينها هى التى يجب تطبيقها حتى إذا وقعت

(٦) محمد على عرفة ص ٤٤٨ .

(٧) السنهوري ص ١٢٩١ .

العين في نصيب المتقاسم نفسه الذي يملكها بملكه خاصاً. فان لهذا التقاسم
ان يرجع بضمان الاستحقاق على المتقاسمين منه ، كماله ان يطلب ابطال
القسمه للخطأ أو يقضها للعين (٨) .

وذهب رأى آخر - نؤيده - الى ان المتقاسم يلتزم بعدم التعرض
القانوني ، وان القول بعدم التزامه يتعارض مع القسمه التي وافق عليها ،
وتكون وسيلة هذا التقاسم لاسترداد ماله ان يظن في القسمه بالخطأ
فيطلبها فيترتب على ابطالها أن يعود اليه ماله (٩) .

والضمان واجب في المقول كما هو واجب في المقار ، فالمتقاسمون
يضمنون لبعضهم وجود الحق الذي وقع في نصيب بعضهم وكذلك فانه واجب
سواء حصلت القسمه ودياً أو قضائياً (١٠) .

١٤٧ - الشرط الثاني : الا يكون الاستحقاق راجعاً الى خطأ المتقاسم نفسه :

رغم أن القواعد العامة توجب هذا الشرط الا أن المشرع نص عليه
صراحة في عجز الفقرة الثانية من المادة ٨٤٤ مدني . فاذا كان الاستحقاق
راجعاً الى خطأ المتقاسم نفسه وجب ان يتحمل المتقاسم وحده نتيجة خطئه
ولا يسأل عنها الا نفسه .

رغم أن المادة قررت امتناع الضمان اذا كان الاستحقاق راجعاً الى خطأ
المتقاسم (نفسه) ، الا اننا نؤيد ما ذهب اليه البعض (١١) من أن كلمه
(نفسه) ليست أكثر من طريقة للتعبير ، بمعنى أن امتناع الضمان يتأتى
ايضاً لو كان الخطأ الذي أدى الى الاستحقاق قد صدر من شخص يسأل

(٨) السنهوري ص ١٢٩١ - اسماعيل غانم ص ٢٦٧ .

(٩) أحمد سلامة ص ٤٢٣ - منصور مصطفى منصور ص ٢٢٩ .

(١٠) محمد كامل مرسى ص ٢٣٩ .

(١١) أحمد سلامة ص ٤٢٤ .

المتقاسم عن فعله. أو شخص ينفذ فعله في حق المتقاسم... ومن أمثلة الحالات التي يكون فيها الاستحقاق راجعا الى خطأ المتقاسم ما يلي *

١ - أن تكون العين التي وقعت في نصيب المتقاسم ، في حيازة آخر لم يستكمل مدة التقادم ، وأعمل المتقاسم في قطع المدة وإسترداد العين حتى اكتملت مدة التقادم . وأصبحت العين مملوكة للحائز (١٢) .

وفي هذا تقول المذكرة الأيضاحية للمشروع التمهيني : (ويسقط الضمان كذلك اذا كان سبه راجعا الى خطأ المتقاسم ، كان أهمل في قطع التقادم) (١٣) *

٢ - أن يسلم المتقاسم الدائن بالضمان بما يدعيه الغير من حقوق وقام باقي المتقاسمين بإثبات أن هذا الغير لم يكن على حق فيما يدعيه (١٤) .

٣ - اذا رفع الغير على المتقاسم الدائن بالضمان دعوى استحقاق فلم يخطر باقي المتقاسمين بالدعوى في الوقت الملائم وصدر عليه حكم حاز قوة الأمر المقضى ، وقام باقي المتقاسمين بإثبات أنهم لو اخطروا وتدخلوا في الدعوى لآدى تدخلهم الى رفض الدعوى *

وقد قيس هذا الفرض على الفرض المنصوص عليه صراحة في ضمان الاستحقاق في البيع ، اذ تنص المادة ٣/٤٤٠ مدني على ما يأتي : (واذا لم يخطر المشتري البائع بالدعوى في الوقت الملائم وصدر عليه حكم حاز قوة الأمر المقضى ، فقد حقه في الرجوع بالضمان اذا أثبت البائع أن تدخله في الدعوى كان يؤدي الى رفض دعوى الاستحقاق) *

٤ - إن يمنح المتقاسم الدائن المدين أجلا وتعرض بذلك لضياح حقه بسبب اعسار المدين خلال الأجل الذي منحه اياه *

(١٢) السنهوري ص ١٢٩٤ *

(١٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٦ ص ١٢٨ *

(١٤) أحمد سلامة ص ٢٢٤ *

١٤٨ - الشرط الثالث : أن يكون التعرض أو الاستحقاق لسبب سابق على القسمة :

يقتضى هذا الشرط أن يكون الحق الذي يدعيه الغير على العين التي آلت الى المتقاسم الدائن بالضمان ، قد نشأ قبل وقوع القسمة .

فلا يقوم الضمان اذا نزع ملكية العين من يد المتقاسم للمنفعة العامة بعد القسمة ، او اذا اكتملت مدة التقادم المكسب لمصلحة الغير بعد وقوع القسمة بوقت كاف ، ذلك انه اذا لم يكن هذا الوقت كافيا لاكتشاف المتقاسم للتقادم والقيام باجراء لقطعه فان اعتبارات العدالة والمساواة بين المتقاسمين تقتضى القول بأن الاستحقاق يعتبر سابقا على القسمة (١٥) .

اما اذا كان الحائز قد استكمل مدة التقادم قبل القسمة فصارت العين مملوكة له قبل أن تقع بالقسمة في نصيب المتقاسم فان ضمان الاستحقاق يقوم في هذا الفرض لأن سبب الاستحقاق وهو التملك بالتقادم قد تحقق قبل القسمة ، فكان الاستحقاق راجعا لسبب سابق على القسمة (١٦) .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

(لا يضمن المتقاسمون بعضهم لبعض ما يقع من تعرض أو استحقاق الا فيما كان منهما لسبب سابق على القسمة ، فيمتنع الضمان اذا كان التعرض أو الاستحقاق لسبب لاحق للقسمة) .

» طعن رقم ٢٥٦ لسنة ٢٦ ق - جلسة ١٩٦٢/٤/٢٦ «

١٤٩ - الشرط الرابع : ألا يوجد شرط صريح يعطى من الضمان :

فلا يكفي لاسقاط الضمان وجود شرط ضمنى على الاسقاط ، ومن باب

(١٥) السنهوري ص ١٢٩٣ - أحيمه سلامة ص ٤٢٣ وما بعدها .

(١٦) السنهوري ص ١٢٩٣ .

أولاً لا يكفي أن يكون التقاسم على علم بالسبب الذي قد يؤدي إلى الاستحقاق .

كما لا يكفي لتوافر شرط الاعفاء من الضمان أن يكون هناك شرط عام يقضي من الضمان كما هو الحكم في البيع (١٧) حيث يكفي الاتفاق على الاعفاء من الضمان بشرط عام أي لا يقتصر على سبب معين أو نوع معين بل يجب لذلك أن يكون هناك اتفاق يذكو صراحة سبب الاستحقاق الذي يؤدي إلى الاعفاء من الضمان في شأنه . ويرجع هذا التشدد من جانب الشارع إلى حرصه على أن تتحقق المساواة بين المتقاسمين بقدر الإمكان . ولا يشترط أن يرد الشرط التوزيع بالاعفاء من الضمان في سند القسمة ذاته ، بل يصح أن يكون في ورقة مستقلة أو في مكاتبات متبادلة بين المتقاسمين (١٨) .

وقد كان المشروع، التمهيدى لنص المادة ٨٤٤ يشترط أن يكون الاعفاء من الضمان وارداً في سند القسمة ذاته ، إلا أن لجنة المراجعة حذفت هذا الشرط (١٩) .

ولا يحول سقوط الضمان دون طلب نفذ القسمة للذين إذا كانت شروطه متوافرة .

(١٧) وذلك على عكس الحال في التقنين المدني القديم. ففسد قضت محكمة النقض بأن : (القواعد التي تحكم ضمان البائع هي التي تحكم ضمان المتقاسم . وعلى ذلك فالمتقاسم الذي يعلم وقت القسمة أن ما اختص به فيها مهدد بخطر الاستحقاق لسبب أحيط به علماً من طريق من تقاسم معه أو من أى طريق آخر لا يسوغ له ، في حالة الاستحقاق ، أن يرجع على قسيمة الأبقية ما استحق وقت القسمة ، لأن تعيين قيمة الأموال المستحقة في عقد القسمة يقابل تعيين الثمن في عقد البيع ، والمقرر في أحكام عقد البيع ، على ما يستفاد من نص المادة ٢٦٥ من القانون المدني ، أن البائع لا يضمن سوى الثمن متى كان المشتري عالماً وقت الشراء بسبب الاستحقاق وأنه مع هذا العلم لا حاجة إلى شرط عدم الضمان ليمتنع على المشتري الرجوع على البائع بأي تعويض في حالة الاستحقاق) .

» طعن رقم ١٢٠ لسنة ١٥ ق - جلسة ١٩٤٦/١٠/١٠ »

(١٨) السنهوري ص ١٢٩٧ وما بعدها - اسماعيل غانم ص ٢٦٣ .

(١٩) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٦ ص ١٢٥ وما بعدها .

وقد قضت محكمة النقض بتاريخ أول أبريل سنة ١٩٧٥ في العلم
رقم ٥١ لسنة ٤٠ ق بأن :

(مفاد نص المادة ٢/٨٤٤ من القانون المدني ، انه لا محل للضمان
في القسمة اذا وجد شرط صريح في العقد يقضى بالاعفاء من الضمان وذكر
في هذا الشرط سبب الاستحقاق بالذات المراد الاعفاء من ضمانه) .

١٥٠ - احكام الضمان لا تتعلق بالنظام العام :

احكام الضمان في القسمة وكذلك البيع لا تتعلق بالنظام العام .
ومن ثم فانه يجوز الاتفاق على تعديلها بالزيادة أو النقص أو الاسقاط .

فقد نصت المادة ٤٤٥ مدني فيما يتعلق بضمان الاستحقاق في البيع
على أن :

(يجوز للمتعاقدین باتفاق خاص أن يزيذا ضمان الاستحقاق ، أو أن
ينقصا منه ، أو يسقطا هذا الضمان .

ويفترض في حق الارتفاق أن البائع قد اشترط عدم الضمان اذا كان
هذا الحق ظاهرا او كان البائع قد أبان عنه للمشتري .

ويقع باطلا كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه اذا كان البائع قد
تعهد اخفاء حق الاجنبى) .

ومثل الاتفاق على زيادة الضمان اشترط ضمان نزع ملكية العين
بعد القسمة واشترط ضمان يسار المدين عند الوفاء .

ومثل الاتفاق على انقاص الضمان اشترط عدم ضمان حقوق
الارتفاق .

ويقع باطلا كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه اذا كان المتقاسمون
قد تمعدوا اخفاء حق الارتفاق ذلك أنهم يكونون قد ارتكبوا غشبا واشترطوا
عدم مسئوليتهم عنه ، ولا يجوز طبقا للقواعد العامة اشترط عدم المسئولية

عن الفسخ جنى لو كانت المسئولية عقدية (١٩ مكرر) •

ويفترض في حق الارتفاق أن المتقاسمين قد اشترطوا عدم الضمان إذا كان هذا الحق ظاهرا ، أو كان المتقاسمون قد أبانوا عنه للمتقاسم الدائن بالضمان ، فيكفى إذن أن يكون المتقاسم عالما بحق ارتفاق قائم على المقار ويكون علمه آتيا من طريق ظهور هذا الحق أو الإبانة عنه حتى يكون هذا العلم بمثابة شرط بعدم الضمان ، وكان الأصل أن هذا العلم وحده لا يكفى (٢٠) •

الأثار التي تترتب على الضمان

١٥٩ - المبدأ الذي يحكم آثار الضمان :

لم يمرض الشارع لواجب المتقاسم الذي يحصل له التعرض وباقى المتقاسمين الذين يلتزمون بالضمان • ومن ثم يجب تطبيق القواعد التي وضعها بخصوص عقد البيع مع مراعاة عدم تطبيق الأحكام التي لا تتفق وطبيعة القسمة على نحو ما أوضحناه سلفا •

وعلى ذلك إذا قام المتقاسم الدائن بالضمان باخطار باقى الشركاء ، بالدعوى المرفوعة عليه في وقت ملائم ، فتدخلوا في الدعوى وحكم برفض ادعاء التعرض فيكون الالتزام بالضمان قد نفذ عينا ولا محل للضمان الاستحقاق ، وإن حكم باستحقاق للمدعى وجب عليهم ضمان الاستحقاق •

وعلى ضوء ما تقدم تعرض في البند التالى للأحوال التي يرجع فيها للمتقاسم بالتعويض عند تحقق الضمان •

(١٩ مكرر) السنهورى ص ١٢٩٦ - اسماعيل غانم ص ٢٦٣ •

(٢٠) السنهورى ص ١٢٩٦ •

١٥٢ - الأحوال التي يرجع فيها التقاسم بالتعويض عند تحقق الضمان :

يكون للمتقاسم الدائن بالضمان إذا استخفت الميزان التي ألت اليه الرجوع على باقي المتقاسمين بالضمان في الحالات الآتية :

١ - إذا قام المتقاسم الدائن - باخطار باقي المتقاسمين بدعوى الاستحقاق في وقت جلائم (٢١) ، ولم يتفعلوا في الدعوى وحكم بالإمتحاق للمدعى ، ولم يشبوا أن الحكم الصادر في الدعوى كان نتيجة تدليس من المتقاسم الدائن أو نتيجة خطأ جسيم منه .

وفي هذا تنص المادة ٤٤٠ مدني على أنه : « إذا رفعت على المشتري دعوى باستحقاق المبيع وأخطر بها البائع ، كان على البائع بحسب الأحوال ، ووفقا لقانون المرافعات أن يتدخل في الدعوى الى جانب المشتري أو أن يحل فيها محله .

فإذا تم الاخطار في الوقت الملائم ولم يتدخل البائع في الدعوى ، وجب عليه الضمان الا اذا أثبت أن الحكم الصادر في الدعوى كان نتيجة لتدليس من المشتري أو خطأ جسيم منه) .

٢ - إذا قام المتقاسم الدائن بالضمان باخطار باقي المتقاسمين بدعوى الاستحقاق فلم يتدخلوا في الدعوى ، وأقر المتقاسم الدائن وهو حسن النية للأجنبي بحقه أو تصالح معه على هذا الحق دون أن ينتظر في ذلك صدور حكم قضائي ، ولم يستطع باقي المتقاسمين اثبات أن المتعرض لم يكن على حق في دعواه .

وفي هذا تقضى المادة ٤٤١ مدني بأن : (يثبت حق المشتري في الضمان ولو اعترف وهو حسن النية للأجنبي بحقه أو تصالح معه على هذا

(٢١) وليس للاخطار شكل خاص ، فيصح أن يكون شفويا ، ويقع عبه اثبات حصوله على الدائن مستحق الضمان .

الحق دون أن ينتظر في ذلك صدور حكم قضائي متى كان قد أخطر البائع بالبدوى في الوقت الملائم ودعاه أن يحل محله فيها فلم يفعل كل ذلك ما لم يثبت البائع أن الأجنبي لم يكن على حق في دعواه * .

٣ - إذا لم يخطر المتقاسم الدائن بالضمان باقى المتقاسمين بدعى الاستحقاق ، وصدر عليه حكم حاز قوة الأمر المقضى ، ولم يثبت باقى المتقاسمين أن تدخلهم كان يؤدي الى رفض دعوى الاستحقاق * .

وقى هذا تقضى المادة ٣/٤٤٠ مدنى بأن : (وإذا لم يخطر المشتري البائع - بدعى فى الوقت الملائم وصدر عليه حكم حاز قوة الأمر المقضى فقد حقه فى الرجوع بالضمان إذا أثبت البائع أن تدخله فى الدعوى كان يؤدي الى رفض دعوى الاستحقاق :

٥ - إذا سلم المتقاسم للمتعرض بحقه دون دعوى يرفعها المتعرض ، ولم يثبت باقى المتقاسمين أن المتعرض لم يكن على حق فى دعواه (٢٢) * .

فيه الضمان المستحق للمتقاسم الدائن بالضمان :

تحدد قيمة الضمان المستحق للمتقاسم الدائن بالضمان ، على ضوء حالات ثلاثة :

الأولى : أن يحكم للمتعرض بالاستحقاق الكلى .

الثانية : أن يحكم للمتعرض بالاستحقاق الجزئى .

الثالثة : أن يكون المتقاسم الدائن بالضمان قد تولى الضمان بدفع مبلغ من النقود أو شيء آخر فى مقابل حصته .

ونعرض لهذه الحالات فيما يأتى :

١٥٣ - (١) جالة الحكم بالاستحقاق الكلي :

في هذا الفرض ينجح المتدريس في اثبات ملكيته للعين التي وقعتها في نصب المتقاسم الدائن بالضمان وفي استردادها من تحت يد المتقاسم . ويكون للمتعامم الدائن بالضمان الرجوع على باقي المتقاسمين بالتقويض . ونظرا لأن المادة ٨٤٤ لم تفصل عناصر التقويض ، فإنه يرجع فيها هذا الشأن إلى نص المادة ٤٤٣ بحسبيلها : تتضمن القاعدة العامة في هذا الشأن :

وهذه المادة تنص على عنصرين للتقويض :

الأول : قيمة العين :

المادة ٤٤٣ وان حددت هذه القيمة بقيمة المبيع وقت الاستحقاق . إلا أن المادة ٨٤٤ حددتها صراحة بقيمتها يوم القسمة . فتكون قد خرجت في هذا الشأن عن حكم المادة ٤٤٣ .

وسبب الخلاف بين البيع والقسمة في هذا الشأن ، يرجع إلى ما بينهما من فرق ، فالبيع عقد مضاربه يعرض المشتري للكسب أو الخسارة ، ومن ثم يستحق قيمة المبيع وقت الاستحقاق لا وقت البيع فإن زادت القيمة ربح وإن قلت خسر وطبيعة عقد البيع تسمح بذلك ، أما القسمة فهي عقد مساواة تامة وليس فيها شبهة المضاربة ومن ثم تتحدد قيمة العين وقت القسمة حتى لا يفيد المتقاسم ولا يضار من الاستحقاق (٢٣) .

وبعد أن تتحدد قيمة العين وقت القسمة فإن هذه القيمة تقسم طبقا لما نصت عليه المادة ١/٨٤٤ مدني من أنه : (٠٠٠ ويكون كل منهم ملزما بنسبة حصته أن يعرض مستحق الضمان ٠٠٠ فإذا كان أحد المستحقين

(٢٣) السنهاوري ص ١٣٠٠ وما بعدها - أحمد سلامة ص ٤٢٨ -
اسماعيل غانم ص ٢٦٤ -

معصرا ، وزع القدر الذى يلزمه على مستحق الضمان وجميع المتقاسمين غير المعسرين) .

ومن ثم فان قيمة العين توزع على جميع المتقاسمين - بما فيهم مستحق الضمان - فيكون لهذا المستحق أن يرجع على زملائه كل بحسب حصته بعد أن يتحمل هو نصيبا من قيمة العين بحسب حصته . فاذا كان أحد الشركاء المتقاسمين معصرا قسم نصيبه على من لم يصر بما فيهم مستحق الضمان . ويكون لهذا الأخير أن يطغى من كل زميل نصيبه فى قيمة العين التى استحققت مضافا اليه نصيبه فى حصة من أعسر . ويتحمل هو بدوره نصيبه فى العين ونصيب فى حصة من أعسر (٢٤) .

الثانى : ملحقات قيمة العين

نصت المادة ٤٤٣ مدنى على أنه :

(١) اذا استحق كل المبيع كان للمشتري أن يطلب من البائع :

(١) قيمة المبيع وقت الاستحقاق مع الفوائد القانونية من ذلك الوقت .

(٢) قيمة الثمار التى ألزم المشتري بردها لمن استحق المبيع .

(٣) المصروفات النافعة التى لا يستطيع المشتري أن يلزم بها المستحق وكذلك المصروفات الكئنالية اذا كان البائع سميء النية .

(٤) جميع مصروفات دعوى الضمان ودعوى الاستحقاق عدا ما كان المشتري يستطيع أن يتقيه منها لو أخطر البائع بالدعوى طبقا للمادة ٤٤٠ .

(٥) وبوجه عام ، تعويض المشتري عما لحقه من خسارة أو فاته من كسب بسبب استحقاق المبيع .

كل هذا ما لم يكن رجوع المشتري مبنيًا على المطالبة بفسخ البيع
أو إبطاله .

وعلى ذلك تشمل ملحقات قيمة العين التي يلتزم بها المتقاسمون
الآخرون بأدائها إلى المتقاسم الدائن بالضمان ما يأتي :

١ - الفوائد القانونية لقيمة العين المستحقة وقت القسمة .

٢ - قيمة الثمار التي ألزم المتقاسم الدائن بالضمان بردها لمن استحق
المبيع .

٣ - المصروفات النافعة التي لا يستطيع المتقاسم الدائن بالضمان أن
يلزم بها المستحق والمصروفات الكمالية إذا كان باقي المتقاسمين سيئى النية .

وواضح أن المادة لم تنص على المصروفات الضرورية ، وهى المصروفات
اللازمة لحفظ العين وصيانتها ، لأن هذه المصروفات يلتزم بها المستحق فى
جميع الأحوال أى سواء كان باقي المتقاسمين حسنى النية أم سيئى النية
عملاً بالمادة ١/٩٨٠ مدنى التى تقضى بأن : (على المالك الذى يرد إليه
ملكه أن يؤدي إلى الحائز جميع ما أنفق من المصروفات الضرورية) .

أما المصروفات النافعة كإقامة طابق جديد بمنزل أو استصلاح أرض
يور ، فانه يسرى فى شأنها أحكام المواد ٢/٩٨٠ ، ٩٢٤ ، ٩٢٥ مدنى .

فقد نصت المادة ٢/٩٨٠ على أن : (أما المصروفات النافعة فيسرى
فى شأنها أحكام المادتين ٩٢٤ ، ٩٢٥) .

ونصت المادة ٩٢٤ على أنه : (إذا أقام شخص بمواد من عنده منشآت
على أرض يعلم أنها مملوكة لغيره دون رضا صاحب الأرض ، كان لهذا أن
يطلب إزالة المنشآت على نفقة من أقامها مع التعويض ان كان له وجه .

وذلك في ميعاد سنة من اليوم الذي يعلم فيه بإقامة المنشآت أو أن يطلب استبقاء المنشآت مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة ، أو دفع مبلغ يساوى ما زاد في ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت .

ويجوز لمن أقام المنشآت أن يطلب نزعها إن كان ذلك لا يلحق بالأرض ضرراً ، إلا إذا اختار صاحب الأرض أن يستبقى المنشآت طبقاً لأحكام الفقرة السابقة) .

ونظمت المادة ٩٢٥ على أنه : (إذا كان من أقام المنشآت المشار إليها في المادة السابقة يعتقد بحسن نية أن له الحق في إقامتها ، فلا يكون لتساحب الأرض أن يطلب الإزالة ، وإنما يغير بين أن يدفع قيمة المواد وأجرة العمال أو يدفع مبلغاً يساوى ما زاد في ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت ، هذا ما لم يطلب صاحب المنشآت نزعها .

إلا أنه إذا كانت المنشآت قد بلغت حداً من الجسامه يرهق صاحب الأرض أن يؤدي ما هو مستحق عنها ، كان له أن يطلب تملك الأرض لمن أقام المنشآت نظير تعويض عادل) .

وتطبق المواد سالفة الذكر يؤدي إلى تحمل المتقاسم مستحق الضمان بعد أن يسترد من المستحق المبلغ الذي يسمح به القانون على نحو ما ذكر ، خسارة هي الفرق بين قيمة ما أقامه وقت الاستحقاق والمبلغ الذي استرده من المستحق ، وهذه الخسارة يرجع بها المتقاسم مستحق الضمان على باقي المتقاسمين .

أما المصروفات الكمالية فقد ألزم النص بها باقي المتقاسمين إذا كانوا سبئي النية أي إذا كانوا عالمين وقت القسمة بسبب الاستحقاق ، لأن المدين في المسؤولية التعاقدية لا يسأل عن الضرر غير متوقع الحصول ، ويمكن اعتبار المصروفات الكمالية أمراً غير متوقع . فإذا كان البائع سبئي النية أي

كان يعلم بحق الأجنبي فيسأل في هذه الحالة عن الضرر ، ولو كان غير متوقع ويحق للتقاسم إذن أن يرجع عليه بالمصروفات الكمالية (٢٥) .

ومن أمثلة المصروفات الكمالية نفقات المصعد اذا كان المألوف في مثل العقار المتقاسم فيه - حتى ولو بعد بناء طبقة جديدة - ألا يكون فيه مصعد وأن العقار ليس في أية حاجة اليه ، وكذا فان مصاريف دهان الحيطان وزخرفتها في الغالب مصاريف كمالية .

٤ - مصاريف دعوى الاستحقاق التي حكم بها على المتقاسم الدائن بالضمان بعد أن خسر الدعوى ، ومصاريف دعوى ضمان الاستحقاق التي رفعاها الأخير على باقي المتقاسمين ، ولكن لا يحق له الرجوع عليهم بالمصروفات التي كان يستطيع أن يتقيها لو أنه أخطر باقي المتقاسمين بدعوى الاستحقاق في الوقت الملائم ، لأن هذه المصروفات كانت نتيجة تقصير وخطأ منه .

ويقع على عاتق باقي المتقاسمين عبء اثبات أنه كان من الممكن اتقاء هذه المصاريف لو تم اخطارهم في الوقت المناسب .

كما تشمل هذه المصاريف ما أنفقته المتقاسم الدائن بالضمان في الحصول على مستندات تفيد في الدعوى اذا ثبت أن هذه المستندات كانت موجودة لدى باقي المتقاسمين (٢٦) .

٥ - وبوجه عام يعمد مستحق الضمان عما لحقه من خسارة . غير أنه لا يجوز له أن يطلب التعويض عما فاتته من كسب ، كما هو الشأن في المشتري عملاً بالمادة سالفة الذكر ، لأن القسمة ليست من عقود المعاوضة

(٢٥) مذكرة المشروع التمهيدى عن المادة ٤٤٣ مدنى - مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٩٦ .
(٢٦) الدكتور عبد الودود يحيى دروس في انعقود المسماة البيع والتأمين ١٩٧٨ ص ١٣١ .

مثل البيع ، كما أنها كاشفة فالتقاسمون لم يلتزموا فيما بينهم بنقل ما أفرز لكل متقاسم حتى يقال أن هناك اخلافا بالتزام يقتضى تعويض الدائن عما لحقه من خسارة أو فاته من كسب . ومن ثم لو ترتب على الاستحقاق فوات صفقة رابعة على مستحق الضمان فإنه لا يعويض عنها (٢٧) .

١٥٤ - (ب) حالة الحكم بالاستحقاق الجزئى :

تنص المادة ٤٤٤ مدنى على أنه : (إذا استحق بعض المبيع أو وجد متفلا بتكليف وكانت خسارة المشتري قد بلغت قدرا لو علمه لما أتم العقد ، كان له أن يطالب البائع بالمبالغ المبينة فى المادة السابقة على أن يرد له المبيع وما أفاده منه .

فإذا اختار المشتري استبقاء المبيع ، أو كانت الخسارة التى لحقت له تبلغ القدر المبين فى الفقرة السابقة ، لم يكن له إلا أن يطالب بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب الاستحقاق) .

وقد ذهب الدكتور السنهورى الى أنه يصعب فتح باب الخيار للتقاسم على النحو الوارد بالمادة بشأن البيع ، وهو رد ما بقى من المبيع الى البائع أو استبقائه لأن المتقاسمين لم ينقلوا له ملكية حتى يضمونها على الوجه المبين فى النص ، هذا الى أن رد الباقي من العين معناه فسخ القسمة وإجراء تسعة جديدة ، وهذا أمر غير مرغوب فيه الا للضرورة ، ومن ثم يرى - بحثى - الاقتصاد فى الاستحقاق الجزئى فى القسمة على التعويض وإن ليس للتقاسم أن يرد ما بقى من العين (٢٨) .

ومن أمثلة حالات الحكم بالاستحقاق الجزئى ، استحقاق جزء من العين ذاتها ، أو ترتيب حق انتفاع أو ارتفاق على العين .

(٢٧) السنهورى ص ١٣٠١ وما بعدها - أحمد سلامة ص ٤٢٩ وهامش (١) - اسماعيل غانم ص ٢٦٥ - وقارن منصور مصطفى منصور ص ٢٢٧ وما بعدها إذ يرى التسوية بين ضمان البائع وضمان المتقاسمين .
(٢٨) السنهورى ص ١٣٠٢ .

وفي حالات الاستحقاق الجزئي يرجع المتقاسم الدائن بالضمان على بقية الشركاء طبقا للتفصيل الذي ذكرناه في حالة الحكم بالاستحقاق الكلي: فهو يرجع عبا أصابه من خسارة دون نظر الى ما فاتته من كسب ، مع تحديده قيمة العين بالنظر الى وقت القسمة ، ومع تحمله نصيبا في التمييز ونصيبا في حصة من أعر يقدر حصته .

١٥٥ - (ج) توقي المتقاسم الدائن بالضمان استحقاق النصيب الذي آل اليه كله أو بعضه :

تنص المادة ٤٤٢ مدني على أنه : (اذا توقي المشتري استحقاق المبيع كله أو بعضه بدفع مبلغ من النقود أو بأداء شيء آخر ، كان للبائع أن يتخلص من نتائج الضمان بأن يرد للمشتري المبلغ الذي دفعه أو قيمة ما أداه مع الفوائد القانونية وجميع المصروفات) .

وهذا الحكم ينطبق بطريق القياس على القسمة بل ان القسمة أولى من البيع بالإبقاء عليها عن هذا الطريق الميسر(٢٩) .

فقد يتوقى المتقاسم الدائن بالضمان استحقاق النصيب الذي آل اليه في القسمة استحقاقا كليا أو جزئيا بأن يتفق مع المتعرض على أن يدفع له بدلا من النصيب الذي آل اليه كله أو بعضه مبلغا من النقود أو أي شيء آخر . وفي هذه الحالة يكون لباقى المتقاسمين التخلص من نتائج الضمان بأن يردوا الى المتقاسم الدائن بالضمان المبلغ الذي دفعه أو قيمة ما أداه مع الفوائد القانونية وجميع المصروفات ، وذلك بعد خصم نصيب الأخير في ذلك كله يقدر حصته ، اعمالا لبدا المساواة في القسمة(٣٠) .

وبداهة يعزف المتقاسمون عن استعمال هذه الرخصة اذا تبين لهم أن

(٢٩) السنهوري ص ١٣٠٤ - أحمد سلامة ص ٤٢٧ .

(٣٠) أحمد سلامة ص ٤٢٧ .

المبالغ التى سيبدونها للمتقاسم الدائن بالضمان تزيد على المبالغ التى يلتزمون بها وفقا لأحكام الضمان .

ويستطيع الدائن المستحق للضمان الرجوع على باقى المتقاسمين بما توفى به استحقاق النصيب الذى آل اليه ، سواء كان قد أخطرهم بدعوى المتعرض أو لم يخطرهم ، وسواء تدخلوا فى الدعوى أو لم يتدخلوا ، ولكن يفترض أن يكون باقى المتقاسمين قد أفادوا من فعل المتقاسم الدائن بالضمان ، فإذا كانوا لم يفيدوا من ذلك كان أثبتوا أن دعوى المتعرض كانت ستفرض ، فلا يمكن القول فى هذه الحالة أن المتقاسم توفى الاستحقاق ، وبالتالي لا يلتزم باقى المتقاسمين بأن يردوا له ما دفعه للمتعرض (٣١) .

ويجوز أن يكون الاتفاق الذى تم بين المتقاسم الدائن بالضمان والمتعرض صلحا دون دفع مبلغ من النقود ، فقد يكون للمستحق حق ارتفاق لعين ينكره المتعرض ، فيتفق مع المتقاسم الدائن بالضمان على أن يكف عن إنكاره فى نظير ترتيب حق ارتفاق مقابل لمقار المتعرض على العين . وفى هذه الحالة لا يتخلص باقى المتقاسمين من الضمان الا بدفعهم قيمة حق الارتفاق الجديد الذى أنشئ على العين والفوائد القانونية لهذه الفية من وقت انشاء حق الارتفاق ومصرفات الصلح ، وذلك كله بعد استنزال نصيب المتقاسم مستحق الضمان فى هذه المبالغ بنسبة حصته (٣٢) .

ويلاحظ أن هذا الحكم لا يطبق الا اذا كان المتقاسم الدائن بالضمان قد توفى استحقاق النصيب الذى آل اليه باتفاقه مع المستحق واحتفظ به نتيجة لذلك . أما اذا تضى للمستحق بما يدعيه فتطبق القواعد العامة

(٣١) الدكتور عبد الودود يحيى - دروس فى العقود المسماة البسيح والتأمين ١٩٧٨ ص ١٢٤ وما بعدها .
(٣٢) السنهاورى ص ١٣٠٤ وما بعدها .

ويرجع هذا التمسك بالتعويض على باقي المتقاسمين كما أوضحنا سلفاً حتى لو كان الدائن المستحق بالضمان يعد صدور الحكم قد اتفق مع المستحق على أن يحتفظ بالنصيب الذي آل إليه مقابل مبلغ من النقود أو أى شئ آخر يدفعه للمستحق ، لأننا فى هذه الحالة لا نكون بصدد توفى الاستحقاق (٣٢) .

١٥٦ - التزام الضمان مكفول بامتياز المتقاسم :

تنص المادة ١١٤٦ مدنى على أن : (للشركاء الذين اقتسموا منقولا ، حق امتياز عليه تأمينا لحق كل منهم فى الرجوع على الآخرين بسبب القسمة ، وفى استيفاء ما تقرر لهم فيها من معدل .
وتكون لامتياز المتقاسم نفس المرتبة التى لامتياز البائع ، فإذا تزامن الحقان قدم الأسبق فى التاريخ) .

كما تنص المادة ١٤٤٩ مدنى على أن : (للشركاء الذين اقتسموا عقارا ، حق امتياز عليه تأمينا لما تخوله القسمة من حق فى رجوع كل منهم على الآخرين بما فى ذلك حق المطالبة بمعدل القسمة . ويجب أن يقيد هذا الامتياز ، وتكون مرتبته من وقت القيد) .

وواضح من المادتين أن حق الامتياز مقرر تأمينا لما تخوله القسمة من حق فى رجوع كل من المتقاسمين على الآخرين بسبب القسمة . فبدخل فى ذلك حالة ما اذا استحق نصيب أحد الشركاء فى المنقول أو العقار ، فيضمن الامتياز التعويض الذى يقرر له فى مواجهة الشركاء الآخرين (٣٤) .

١٥٧ - تقادم الالتزام بالضمان :

لم ينص القانون على مدة خاصة لتقادم الالتزام بالضمان الناشئ من

(٣٣) عبد انودود يحيى ص ١٢٥ .

(٣٤) محمد على عرفة ص ٤٥٠ - محمد كامل مرسى ص

القسمة بين المتقاضين . ولذلك يجب الرجوع الى القواعد العامة . وهي
تقضى بتقادم الالتزام بمضى خمس عشرة سنة (م ٢٧٧ مدني) .
وقد ذهب بعض الشراح الى أن هذه المدة تبدأ في السريان من وقت
وتلوع القسيمة .

بينما ذهب البعض الآخر - بحق - الى أن هذه المدة تسرى من الوقت
الذي يثبت فيه الاستحقاق وذلك بصريح المادة ٢/٢٨١ مدني فهي تنص
على أنه بالنسبة الى ضمان الاستحقاق لا يسرى التقادم (الا من الوقت الذي
يثبت فيه الاستحقاق) وأن هذا النص تطبيق لقاعدة عامة تقضى بأن التقادم
لا يبدأ في السريان الا من اليوم الذي يصبح فيه الدين مستحق الأداء .
(م ١/٢٨١ مدني) (٣٥) .

موضوع رقم (٨) قصة المهايأة

١٥٨ - التصومن القانونية :

مادة ٨٤٦ :

(في قصة المهايأة يتفق الشركاء على أن يختص كل منهم بنسبة جزء مفرد يوازي حصته في المال الشائع ، متنازلا لشركائه في مقابل ذلك عن الانتفاع بإقام الأجزاء ، ولا يصح هذا الاتفاق لمدة تزيد على خمس سنين . فإذا لم تسترط لها مدة أو انتهت المدة المتفق عليها ولم يحصل اتفاق جديد ، كانت مدتها سنة واحدة تتجدد إذا لم يعلن الشريك إلى شركائه قبل انتهاء السنة الجارية بثلاثة أشهر أنه لا يرغب في التجديد .

وإذا دامت هذه القصة خمس عشرة سنة ، انقضت قصة نهائية ، ما لم يتفق الشركاء على غير ذلك . وإذا حاز الشريك على الشيوع جزءا مفردا من المال الشائع مدة خمس عشرة سنة ، افترض أن حيازته لهذا الجزء تستند إلى قصة مهايأة) .

مادة ٨٤٧ :

(تكون قصة المهايأة أيضا بان يتفق الشركاء على أن يتناوبوا الانتفاع بجميع المال المشترك ، كل منهم لمدة تتناسب مع حصته) .

مادة ٨٤٨ :

(تخضع قصة المهايأة من حيث جواز الاحتجاج بها على الغير ومن حيث أهلية المتقاسمين وحقوقهم والتزاماتهم وطرق الإثبات لأحكام عقد الإيجار ، ما دامت هذه الأحكام لا تتعارض مع طبيعة هذه القصة) .

مادة ٨٤٩ :

(للشركاء أن يتفقوا أثناء إجراءات القسمة النهائية على أن يقسم المال الشائع لمهاياة بينهم ، وتظل هذه القسمة نافذة حتى تتم القسمة النهائية .

فاذا تعذر اتفاق الشركاء على قسمة المهاياة ، جاز للقاضي الجزئي اذا طلب منه ذلك أحد الشركاء أن يأمر بها ، بعد الاستماعة بخير إذا اقتضى الأمر ذلك) .

١٥٩ - تعريف قسمة المهاياة :

قسمة المهاياة هي قسمة مؤقتة لا تنهى حالة الشيوع ، وانما تقتصر على تنظيم الانتفاع بالشيء الشائع بحيث يحصل كل شريك على قدر من منافعه يتناسب مع حصته .

وتستهدف قسمة المهاياة تخلص الشركاء من مشاكل ادارة المال الشائع وما يحيط بهذه الادارة من صعوبات .
وقسمة المهاياة نوعان : مكانية وزمانية .
ونعرض لنوعى قسمة المهاياة فيما ياتى .

أولا : قسمة المهاياة المكانية

١٦٠ - المقصود بقسمة المهاياة المكانية :

تكون قسمة المهاياة مكانية بان يتفق الشركاء على أن يختص كل منهم بمنفعة جزء مفرز يوازى حصته فى المال الشائع ، متنازلا لشركائه فى مقابل ذلك عن الانتفاع بباقى الأجزاء (م ٨٤٦ مدنى) فهى من قبيل الافراز بجمع منفعة كل من الشركاء فى قطعة مفرزة من الملك الشائع .

فيكون لكل من الشركاء أن يحوز الجزء المفرز الذى اختص به ويستقل بدارته واستغلاله والانتفاع به دون أن يتقاضى منه باقى الشركاء شيئا ،

نظير عدم مطالبة هؤلاء الشركاء بشيء نظير استقلالهم بالأجزاء التي حازوها -

ومثل ذلك أن يكون المال الشائع أرضا يملكها شريكان فاختص أحدهما بالجزء الغربي والآخر بالجزء الشرقي ، أو دارا اختص أحدهما بالطابق الأول واختص الثاني بالطابق الثاني .

وقد قضت محكمة التقضى بأن :

١ - (قسمة المهايأة . قيامها على انفراد الشريك بمنفعة جزء مفرز من المال الشائع مقابل تنازله عن الانتفاع بباقي الأجزاء مدة سريان المهايأة) .

٢ - (النص في الفقرة الأولى من المادة ٨٤٦ من القانون المدني يدل على أن للشركاء على الشيوع في الملكية أن يتفقوا على قسمة المهايأة لمدة معينة فيقسمون المال بينهم قسمة منفعة لا قسمة ملك فيختص كل منهم بجزء مفرز يعادل حصته في المال الشائع فيستقل بإدارته واستغلاله والانتفاع به سواء بنفسه أو بواسطة غيره دون باقى الشركاء . ذلك أن الشريك بمقتضى هذه المهايأة يحصل على نصيب باقى الشركاء فى منفعة الجزء الذى اختص به فى مقابل حصول الشركاء على نصيبه هو فى منفعة الأجزاء المفرزة الأخرى) .

» ظن رقم ١٠٣٠ لسنة ٥٣ ق - جلسة ١٩٨٩/١٢/٦ « (١)

(١) كما قضى بأن : (لما كان يبين من تقرير الخبير الذى أخذ به الحكم المطعون فيه أن قسمة مهايأة قد تمت بين المطعون ضده وأخوته ، اختص المطعون ضده بمقتضاها بالانتفاع بأحد المنازل للاقامة فيه بينما تنازل عن منفعة نصيبه فى منزلين آخرين لأخوته وكان الحكم قد أعفى من الضريبة إيراد المطعون ضده المقترض من المنزل الذى اختص به ويقيم فيه فعلا طبقا لحكم الفقرة الأخيرة من المادة السادسة من القانون رقم ٩٩ لسنة ١٩٤٩ بعد تعديلها بالقانون رقم ٢١٨ لسنة ١٩٥١ - كما استبعد من وعاء الضريبة =

١٦٩ - نعمة قسمة المهايأة المكانية :

لا يصح أن تزيد مدة قسمة المهايأة المكانية على خمس سنوات (م ١/٨٤٦ مدني) ، فإذا اتفق على مدة أكثر من خمس سنين ، كان الاتفاق فيما زاد على خمس سنوات باطلا لا يلزم الشركاء ، وقد يبطل الاتفاق كله وذلك إذا تبين أنه ما كان ليتم إلا للمدة المتفق عليها عملا بالمادة ١٤٣ مدني التي تنص بأنه : (إذا كان العقد في شق منه باطلا أو قابلا للإبطال بهذا الشق وحده الذي يبطل - إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا أو قابلا للإبطال فيبطل العقد كله) .

وإذا اتفق على مدة في حدود خمس السنوات ، فيجوز بعينه انقضاء المدة المتفق عليها ، أو حتى قبل انقضائها ، أن يتفق من جديد على القسمة إما على النحو السابق نفسه أو على نحو آخر وليس هناك ثمة ما يحول دون تجديد الاتفاق على القسمة مرات متعاقبة . وإذا اتفق على القسمة ولم تسترط لها مدة ، أو انتهت المدة المتفق عليها ولم يحصل اتفاق جديد ، كانت مدتها سنة واحدة تتجدد إذا لم يعثر شريك إلى شركائه قبل انتهاء السنة الجارية بثلاثة أشهر أنه لا يرغب في التجديد (م ١/٨٤٦ مدني) (٢) .

وعلة توقيت قسمة المهايأة المكانية ، أنها تبقى الشيوع قائما بالنسبة للملكية ، وقد رأينا أن الشريك لا يجبر على البقاء في الشيوع في الملكية بموجب الاتفاق لمدة أطول من خمس سنوات .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

(القاعدة الواردة بالمادة ١/٨٤٦ من التقنين المدني القوائم والتي

= أيراد ما يخصه في المنزلين الآخرين اللذين استقل إخوته بالانتفاع بهما نتيجة للقسمة ، فإنه لا يكون قد أخطأ في تطبيق القانون) .

« طعن رقم ٥٩١ لسنة ٤٢ ق - جلسة ١٩٧٧/٥/١٤ »

(٢) منصور مصطفى منصور ص ١٣٥ - محمد كامل مرسى ص ٢٥٤

وما بعدها .

تقضى بأن اذا اتفق على قسمة المهايأة المكانية ولم تشترط لها مدة أو انتهت المدة المتفق عليها ولم يحصل اتفاق جديد ، كانت مدتها سنة واحدة تتجدد اذا لم يعلن الشريك الى شركائه قبل انتهاء السنة الجارية بثلاثة أشهر أنه لا يرغب في التجديد ، هي قاعدة مستحدثة لم يكن لها نظير في التقنين المدني الملغى ، فلا يجوز اعمالها بأثر رجعى على التصرفات السابقة على تاريخ العمل بالقانون المدني القائم) .

« طعن رقم ١٢٧ لسنة ٣٦ ق - جلسة ١٩٧٠/٥/١٩ » (٣)

١٦٣ - تحول قسمة المهايأة المكانية الى قسمة نهائية :

نصت المادة ٢/٨٤٦ مدنى على أنه : (واذا دامت هذه القسمة خمس عشرة سنة ، انقلبت قسمة نهائية ، ما لم يتفق الشركاء على غير ذلك ... الخ) .

وبالترتيب على ذلك اذا دامت قسمة المهايأة المكانية مدة خمس عشرة سنة فانها تتحول بقوة القانون الى قسمة نهائية ، ما لم يتفق الشركاء مقدما على غير ذلك ، أى اذا لم ينفقوا مقدما على أن قسمة المهايأة لا تنقلب الى قسمة نهائية .

(٣) « الأصل فى الدعاوى - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أنها معلومة النية ولا يخرج من هذا الأصل الا الدعاوى التى ترفع بطلب غير قابل للتقدير فتعتبر مجهولة القيمة ، واذا يبين من الحكم الصادر فى الدعوى أن المدعى فيها اقامها بطلب الحكم باعتبار عقد قسمة المهايأة المورج ١٢/٤/١٩٦٩ منتهيا وتمسك الطاعنون بأن هذا العقد غير محدد المدة ولا يجوز لأى من الطرفين طلب انائه الا اذا أخل الطرف الآخر بالتزاماته المبينة بالعقد ، وقضت المحكمة للمدعى بطلباته تأسيسا على أن العقد قسمة مهايأة مدته سنة فإن الدعوى تكون معلومة القيمة ويحتسب رسمها عملا بنص البند الثالث من المادة ٧٥ من القانون رقم ٩٠ لسنة ١٩٤٤ فى شأن الرسوم القضائية فى المواد المدنية ، ببيع العقار موضوع ذلك العقد عن مدة سنة » .

« طعن رقم ٥٢٧ لسنة ٤٢ ق - جلسة ١٩٧٧/٤/٧ »

- وفي هذا تقول المادحة الإيضاحية للمشروع التمهيدي :

(١٠) وتقلب المهايأة المكانية الى قسمة نهائية دون اثر رجعي اذا دامت خمس عشرة سنة ، ما لم يتفق الشركاء مقدما على غير ذلك . وهذا تجديد خطير في المشروع ، ولكنه تجديد له ما يبرره ، فان المهايأة المكانية التي تدوم خمس عشرة سنة دون أن يرغب أحد في انائها هي خير قسمة نهائية يستطيع الشركاء أن يصلوا اليها . وقد وصلوا اليها فعلا بالتجربة واطمانوا لنتائجها ، فان كانوا يريدون غير ذلك فما عليهم الا أن يتفقوا مقدما على أن قسمة المهايأة لا تقلب الى قسمة نهائية (٤) .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١ - () يشترط وفقا للمادة ٢/٨٤٦ من القانون المدني حتى تتحول قسمة المهايأة المكانية الى قسمة نهائية ان تدوم حيازة الشريك للجزء المخرز من المال الشائع مدة خمس عشرة سنة ، وأن لا يكون الشركاء قد اتفقوا مقدما على خلاف ذلك . واذ كان الثابت في الدعوى ان القسمة - قسمة نظر - لم تقلب الى قسمة نهائية لعدم مضي خمس عشرة سنة من وقت صدور القانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ الذي جعل ما انتهى فيه الوقف ملكا للمستحقين حتى تاريخ رفع الدعوى في ١٩٥٩ ، فان مقتضى ذلك اعتبار البائعين الى الطاعن ما زالوا مالكين لأنصبتهم على الشيوع في الأعيان التي كانت موقوفة ومن بينها العقار موضوع قسمة النظر)

« طعن رقم ٢٩٣ لسنة ٣٦ ق - جلسة ٢٦ يناير ١٩٧١ »

٢ - () قسمة المهايأة المكانية لا تتحول الى قسمة نهائية وفقا للمادة ٢/٨٤٦ من القانون المدني الا بدوام حيازة الشريك للجزء المخرز من المال الشائع مدة خمس عشرة سنة ، ما لم يتفق الشركاء مقدما على خلاف ذلك (١٠)

« طعن رقم ٨٨١ لسنة ٤٥ ق - جلسة ١٩/٣/١٩٨١ »

(٤) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٦ ص ١٢٩ .

١٦٣ - ضرورة توافر الأهلية لتحويل القسمة الى قسمة نهائية :

يلزم لانقلاب المهايأة المكانية الى قسمة نهائية على التحول المتكتم ، فإن يكون الشركاء الذين تم الاتفاق بينهم ابتداء على المهايأة كاملة الأهلية ، فإذا كان بينهم من هو ناقص الأهلية ، فلا يجوز التمسك به . ولهجهته بتجول المهايأة الى قسمة نهائية بعد مضي خمس عشرة سنة على الاتفاق المشهور لها ، لأن المشرع أوجب مراعاة الاجراءات التي يفرضها القانون لقسمة المال الشائع ان كان بين الشركاء من هو ناقص الأهلية (م ٨٣٥ مدني) ، فلا يقبل الاحتجاج في مواجهته بحصول قسمة نهائية لم تنتج في شأنها هذه الاجراءات التي يفرضها المشرع صيانة لمصلحة الشريك ناقص الأهلية (٥) .

١٦٤ - حيازة الشريك على الشيوع جزءا مفرزا من المال الشائع مدة خمس عشرة سنة :

نصت المادة ٢/٨٤٦ مدني على أن : (٥٠٠ وإذا حاز الشريك على الشيوع جزءا مفرزا من المال الشائع مدة خمس عشرة سنة افترض ان حيازته لهذا الجزء تستند الى قسمة مهايأة) .

فقد وضع المشرع في هذا النص قرينة على أن حيازة الشريك لجزء مفرز من المال الشائع مدة خمس عشرة سنة تستند الى قسمة مهايأة . وهي قرينة بسيطة قابلة لاثبات العكس ، اذ القاعدة في القرائن عموما أنها قابلة لاثبات العكس ، فإذا لم يثبت العكس فان حيازة الشريك لجزء مفرز مدة

(٥) السنهوري ص ١٠٨٣ الهامش - محمد علي عرفة ص ٤٥٥ - محمد نامل مرمي ص ٢٥٦ - وقارن عكس ذلك اسماعيل غانم ص ١٨٣ - الصدة ص ٢٥٨ - منصور مصطفى منصور ص ١٩٩ - ويقول اسماعيل غانم أنه : (وما دامت القسمة النهائية في هذه الحالة ليست قسمة اتفاقية ٥٠٠ كما أنه لا يمنع من انقلاب قسمة المهايأة الى قسمة نهائية أن يكون بين الشركاء شريك غير كامل الأهلية أو غائب ، ولا محل للاستناد الى المبادأة ٨٣٥ فهي تقتصر على مجرد الاحالة الى قانون الولاية على المال ، وليس في هذا القانون ما يمنع من تطبيق المادة ٢/٨٤٦ في هذه الحالة) .

خمس عشرة سنة تؤدي الى خلوص ملكية هذا الجزء مقررة للشريك الحائز
اعمالا لهذه القرينة وللحكم الوارد في النص مما (٦) :

كما يجوز ايضا لباقي الشركاء ان يثبتوا أنه رغم استناد هذه الحيازة
الى قسمة مهايأة ، فإنه قد سبق أن اتفق على ألا تنقلب المهايأة الى قسمة
نهائية .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

(وفقا لنص الفقرة الثانية من المادة ٨٤٦ من القانون المدني تنتقل
قسمة المهايأة المكانية التي تدوم خمس عشرة سنة الى قسمة نهائية ما لم
يتفق الشركاء على غير ذلك ، كما اعتبر المشرع في الشق الأخير من تلك
الفقرة حيازة الشريك على الشيوع جزء مفرد من المال الشائع مدة خمس
عشرة سنة قريئة قانونية على أن حيازته لهذا الجزء تستند الى قسمة مهايأة
مما مؤداه أنه اذا لم يثبت عكس هذه القرينة فإن حيازة الشريك على الشيوع
جزء مفرد من المال الشائع تؤدي الى ملكيته لهذا الجزء اعمالا لهذه القرينة
وللحكم الوارد في صدر الفقرة الثانية من المادة ٨٤٦ المشار اليها) .

« طعن رقم ٣٣٢ لسنة ٣٥ ق - جلسة ١٩٦٩/٦/٢٦ »

والشريك الحائز لا يطالب في هذا الفرض باثبات أن حيازته كانت
مستكملة للشروط القانونية ، لأنه لا يستند الى التقادم ، ولكنه يستند الى
وقوع القسمة النهائية (٧) وفقا للحكم الخاص الوارد بالمادة ٨٤٦ مدني
فحسبه ان يثبت أن يده استمرت على هذا الجزء مدة خمس عشرة سنة
لكي يعتبر مالكا اياه بأثر كاشف

(٦) السنهوري ص ١٠٨٠ - منصور مصطفى منصور ص ١٩٨ -
اسماعيل غانم ص ١٨٤ - عبد المنعم الصلدة ص ٢٥٨ - وعكس ذلك محمد
على عرفة ص ٤٥٦ فيرى أن هذه القرينة قاطعة لأن المشرع لم يصرح باثبات
عكسها .

(٧) محمد كامل مرسى ص ٤٥٦ - محمد على عرفة ص ٤٥٦ .

١٦٥ - هل يجب تسجيل قسمة المهايأة المكانية ؟

ذهب رأى فى الفقه الى أن قسمة المهايأة ليست قسمة اتفاقية ، وإن كانت ترجع فى أصلها إلى اتفاق على قسمة مهايأة . ذلك أن تحول قسمة المهايأة الى قسمة نهائية إنما يتم بقوة القانون . ولا يصح القول أن هذا التحول إنما مبنى على اتجاه إرادة الشركاء اليه ، فقد يجعل الشركاء القاعنة التى تنص عليها المادة ٢/٨٤٦ ، وهي مع ذلك واجبة التطبيق ، فيكون فى تأسيس هذه القاعدة على اتجاه الزادة افتراض متخالف للحقيقة .

وينبنى على ذلك أنه لا حاجة الى تسجيل القسمة اذا كان المال الشائع عقارا ، إذ أن الأساس فى وجوب التسجيل هو نص المادة ١٠ من قانون الشهر العقارى وهي تنص على تسجيل التصرفات والأحكام المقررة ، فيكون عقد القسمة والحكم الصادر فى القسمة القضائية واجب التسجيل . أما القسمة التى تتم بغير تصرف أو حكم فلا تسجل (٨) .

وذهب رأى آخر الى أنه اذا انقلبت قسمة المهايأة المكانية الى قسمة نهائية بضى خمس عشرة سنة ، فلا بد من كتابة ورقة مثبتة لها ، فإن اتفق الشركاء على كتابة هذه الورقة سجلت باعتبارها قسمة نهائية ، ويعتبر تاريخ هذه القسمة من وقت انتهاء المدة المذكورة ، لا من وقت ابتداء المهايأة المكانية . وهذا هو المعنى المقصود من العبارة الواردة فى المذكرة الإيضاحية من أن المهايأة المكانية تنقلب الى قسمة نهائية (دون اثر رجعى) ، فليس مقصودا بطبيعة الحال من هذه العبارة أن تكون القسمة النهائية نفسها غير ذات اثر كاشف فهمي ككل قسمة لها هذا الاثر (٩) .

(٨) اسماعيل غانم ص ١٨٤ - منصور مصطفى منصور ص ١٩٩ - عبد المنعم الصدة ص ٢٥٨ . إلا أن الدكتور الصدة يذهب الى أنه اذا وجد اتفاق يقر هذه القسمة أو قام نزاع فصدر حكم فى شأنها فإن هذا الحكم أو ذلك الاتفاق يجب تسجيله .

(٩) السنهوري ص ١٠٨٤ .

وهذا الرأي يوجب تسجيل القسمة للاحتجاج بها على الغير ، كما هي القاعدة في القسمة الاتفاقية والقضائية .

وقد اخلت محكمة النقض بالرأي الأخير وقضت بتاريخ ١٩٦٩/٦/٢٦ في القطن رقم ٣٣٢ لسنة ٣٥ ق بأن :

(اذا كان ما جازه الشريك وألت اليه ملكيته عقارا فانه لا يمكن الاحتجاج بهذه الملكية على الغير الا بتسجيل القسمة النهائية التي تحولت اليها قسمة المهايأة . ولا يقدح في ذلك أن القسمة تحصل في هذه الحالة بحكم القانون اذ الفقرة الثانية من المادة العاشرة من قانون الشهر العقاري رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ توجب تسجيل كل قسمة عقارية حتى تكون حجة على الغير دون أن تفرق في ذلك بين القسمة المقارية التي تتم بالاتفاق أو بحكم القاضي أو بحكم القانون . هذا الى أن الأعمال التحضيرية للمادة ٨٤٦ من القانون المدني صريحة في وجوب اتخاذ اجراءات الشهر العقاري بالنسبة للقسمة التي تتحول اليها قسمة المهايأة حيث ورد في قرار لجنة القسانون المدني في محضر الجلسة السابعة والثلاثين أن النتائج العملية لحكم الفقرة الثانية تتحقق بالاتفاق أو عند النزاع بحكم وينتج في أيهما اجراءات الشهر العقاري) .

١٦٦ - عدم جواز نقض قسمة المهايأة التي تتحول الى قسمة نهائية بسبب القبن :

رأينا فيما سبق أن قسمة المهايأة التي تنقلب الى قسمة نهائية وان كانت تفترض وجود قسمة مهايأة تتم بالاتفاق . الا انه لا يستلزم قسمة اتفاقية اذ تتحول الى قسمة نهائية بقوة القانون .

ويترتب على عدم اعتبار هذه القسمة اتفاقية أنه لا يجوز طلب نقضها للقبن لأن دعوى نقض القسمة للقبن يقتصر بصريح عبارة المادة ٨٤٥ على

القسمة المحاصلة بالتراضي (١٠) .

١٦٧ - قسمة المهايأة باتفاق الشركاء أو بأمر القاضى إلى أن تتم القسمة النهائية :

قسمة المهايأة بنوعها يجب أن تتم باتفاق الشركاء جميعا فلا يكفى فيها الأغلبية أيا كانت .

وفى حالة خاصة تكون قسمة المهايأة بأمر القاضى اذ تنص المادة ٨٤٩ مدنى على أنه : (للشركاء أن يتفقوا أثناء اجراءات القسمة النهائية على أن يقسم المال الشائع مهايأة بينهم ، وتظل هذه القسمة نافذة حتى تتم القسمة النهائية .

فاذا تعذر اتفاق الشركاء على قسمة المهايأة ، جاز للقاضى الجزئى اذا طلب منه ذلك احد الشركاء ان يأمر بها بعد الاستعانة بخبير اذا امتضى الأمر ذلك) .

ويبين من هذا النص ان المشرع اجاز للشركاء أن يتفقوا على قسمة مهايأة مؤقتة - غالبا ما تكون مكانية - أثناء السير فى اجراءات القسمة النهائية حتى تتم هذه وذلك لكى يضع حدا للمنازعات التى تسبق القسمة النهائية .

وهذه القسمة المؤقتة تظل نافذة حتى تتم القسمة النهائية ، وبصرف النظر عن المدة التى تستغرقها اجراءات هذه القسمة ، ففى لا تخضع فى تحديد المدة للأحكام الواردة بالمادة ٨٤٦ مدنى (١١) .

وبناء على ذلك اذا استمرت اجراءات القسمة أكثر من سنة ، فلا يجوز

(١٠) السنهورى ص ١٠٨٣ الهامش - عبد المنعم الصلدة ص ٢٥٨ - اسماعيل غانم ص ١٨٣ - منصور مصطفى منصور ص ١٩٩ .
(١١) عرفة ص ٤٥٨ - منصور ص ١٣٥ وما بعدها .

انتهاء المياومة المؤقتة باعلان احد الشركاء الى شركائه قبل انتهاء السنة الجارية بثلاثة اشهر ، انه لا يرغب فى التجديده وفقا لما تنص به المادة ٨٤٦ مدنى .

واذا تمذد اتفاق جميع الشركاء على هذه القصة المؤقتة ، جاز لى من الشركاء ان يطلب من القاضى الامر بها ، ويامر بها القاضى اذا رأى وجها لذلك رغم معارضة باقى الشركاء . وللقاضى ان يستعين بخير ، وغالبها ما يكون هذا الخير هو الذى تدبه لأجراء القصة النهائية (١٢) .

ثانيا : قصة المياومة الزمانية

١٦٨ - المقصود بقصة المياومة الزمانية :

تنص المادة ٨٤٧ مدنى على أن : (تكون قصة المياومة أيضا بان يتفق الشركاء على أن يتناوبوا الانتفاع بجميع المال المشترك . كل منهم لمدة تتناسب مع حصته) .

فقصة المياومة الزمانية هى التى يتبادل فيها الشركاء منافع المال المشترك ازمنا بحسب حصصهم فيه . والغالب ودوع هذه القصة فى المقولات ، حيث يستحيل أو يتعذر انتفاع سائر شركاء فى نفس الوقت

(١٢) وكانت المادة ١٢٢٠ من المشروع التمهيدي تنص على أن : (اذا كانت القصة النهائية ضارة بمصالح الشركاء على الوجه المبين بالفقرة الثانية من المادة ١٢٠٢ ، ولم يكن ميسورا أن يدار المال الشائع ادارة مشتركة ، فللقاضى الجزئى ، بناء على طلب الشركاء ، أن يأمر بقصة المياومة بعد الاستعانة بخير أو دون استعانة) ، وكانت الفترة الثانية من المادة ١٢٠٢ المشار اليها تنص بأن : (ومع هذا فللمحكمة . بناء على طلب أحد الشركاء ، أن تأمر باستمرار الشيوع ، حتى الى ما بعد الأجل المتفق عليه ، وحتى لو لم يوجد أى اتفاق على البقاء فى الشيوع ، وذلك متى كانت القصة العاجلة ضارة بمصالح الشركاء ، كما لها أن تأمر بالقصة فى الحال ، حتى قبل انقضاء الأجل المتفق عليه ، اذا وجد سبب قوى يبرر ذلك) .
الا أن الفقرة الثانية المذكورة حذفت فى لجنة المراجعة ، فحذفت تبعاً لها المادة ١٢٢٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٦ ص ١٠٠ وما بعدها ، ص ١٣٨ — الهامش) .

فيتفقون على تناوب الانتفاع بها بحسب حصصهم فيها . فان كان لاحدهم الثلث وللآخر السدس ولالثالث النصف اقتسموها قسمة مهياة زمانية على ان ينتفع صاحب النصف ثلاثة أشهر مثلا ، وصاحب الثلث شهرين ، وصاحب السدس شهر وهكذا لايه في المهياة الزمانية من تعيين المدة لانها معيار الانتفاع (١٣) .

١٦٩ - مدة قسمة المهياة الزمانية :

لم ينظم القانون مدة المهياة الزمانية كما نظم مدة المهياة المكانية ، ومن ثم تسرى القواعد العامة في هذا الشأن . ومقتضى هذه القواعد انه يجوز للشركاء في المال الشائع الاتفاق على عدد من دورات التناوب في الانتفاع بالمال الشائع ، بشرط ألا يترتب على اتفاقهم اجبارهم على البقاء في الشيوع مدة تزيد على خمس سنين (١٤) .

١٧٠ - عدم تحول قسمة المهياة الزمانية الى قسمة نهائية :

لم ينص المشرع على تحول قسمة المهياة الزمانية الى قسمة نهائية كما فعل بالنسبة لقسمة المهياة المكانية . لان قسمة المهياة الزمانية لا تتحول أبدا الى قسمة نهائية مهما طال مدتيا ، لأنها تبقى المال الشائع شائما على حاله دون افراز ، وانما تقسم زمن الانتفاع به ، فهي لا تنهى للقسمة النهائية ومن ثم لا يمكن ان تنقلب اليها (١٥) .

احكام تسرى على قسمة المهياة المكانية والزمانية :

١٧١ - تطبيق قواعد الاعجار على قسمة المهياة :

قسمة المهياة - كما رأينا - قد تكون مكانية او زمانية .

(١٣) عرفة ص ٤٥٧ .

(١٤) السنهوري ص ١٠٨٦ .

(١٥) وقد قضى بأنه : (يجوز تغيير صفة الحائز بعد انتهاء مهلة قسمة المهياة من حائز بسبب وقته معنوم الى حائز بقصد التملك ، اذا جابه هذا الحائز باقى الملاك المشتاعين بما يفيد قصده التاطع في التملك) .
« نقض طعن رقم ١٢٧ لسنة ٣٦ ق - جلسة ١٩٧٠/٥/١٩ »

وفي المهايأة المكانية يتفق الشركاء على أن يختص كل منهم بمنفعة جزء مفرد يوازئ حصته في المال الشائع ، متنازلا في مقابل ذلك عن الانتفاع بباقي الأجزاء فهي إذن منفعة في مقابل منفعة ، يحصل بمقتضاها كل شريك على الانتفاع بجزء مفرد مساو لحصته دون أن يزاحمه غيره من الشركاء في مقابل حصول الشركاء الآخرين على نصيبه هو في منفعة الأجزاء الأخرى •

وفي المهايأة الزمانية يحصل كل شريك في نوبته على نصيب باقي الشركاء في المال الشائع - فيما يتعلق بالانتفاع به - في مقابل تنازله عن حقه في الانتفاع بحصته لكل من الشركاء الآخرين كل في نوبته •

فالمهايأة إذن بنوعها هي مقايضة انتفاع بانتفاع ومقايضة الانتفاع بالانتفاع تكون إيجابا إذ ليس من الضروري أن تكون الأجرة في الإيجاب نقدا •

وفي هذا الإطار يكون كل شريك مؤجرا ومستاجرا • فهو مؤجر لحصته ومستاجر لحصص الشركاء الآخرين (١٦) •

من أجل هذا نصت المادة ٨٤٨ مدنى على أن : (تخضع قسمة المهايأة من حيث جواز الاحتجاج بها على الغير ومن حيث أهلية المتقاسمين وحقوقهم والتزاماتهم وطرق الانبثاق لأحكام عقد الإيجار ، ما دامت هذه الأحكام لا تتعارض مع طبيعة هذه القسمة) •

(انظر نقض ١٩٨٩/١٢/٦ المنشور بيند ١٧٤) •

ونعرض في ضوء ذلك للمسائل الآتية •

١٧٢ - (١) الاحتجاج بقسمة المهايأة على الغير :

في الاحتجاج بقسمة المهايأة على الغير ، مثل المشتري للمال الشائع ،

(١٦) السنهورى ص ١٠٨٦ - محمد على عمران ص ٣٠٧ •

تطبق قواعد الايجار ، قيسرى. فى هذا الشأن. حكم المادة ٤٤٦ منقضى البنى
تنضى بأن :

(اذا انتقلت ملكية المبنى المؤجرة اختيارا أو جبرا إلى شخص آخر .
فلا يكون الإيجار نافذا فى حق هذا الشخص اذا لم يكن له تاريخ ثابت سابق
على التصرف الذى نقل الملكية .

ومع ذلك يجوز لمن انتقلت اليه الملكية أن يتمسك بمقد الإيجار ولو كان
هذا المقد غير نافذ فى حقه) .

والعمرة فى ثبوت تاريخ قسمة المبنى أن يكون سابقا على انعقاد التصرف
الذى انتقلت به الحصصة الشائعة الى الحلف الخاص ، فلا يكفى أن يكون تاريخها
سابقا على تسجيل هذا التصرف .

ولا يجوز لمن انتقلت اليه ملكية المبنى ولم يكن الإيجار نافذا فى حقه
أنه يجبر المستأجر على الاخلاء الا بعد التنبيه عليه بذلك فى المواعيد المبينة
فى المادة ٥٦٣ مدنى (م ١/٦٠٥ مدنى) .

فاذا نبه على المستأجر بالاخلاء قبل انقضاء الإيجار فإن المؤجر يلتزم
بأن يدفع للمستأجر تعويضا ما لم يتفق على غير ذلك ، ولا يجبر المستأجر
على الاخلاء الا بعد أن يتقاضى التعويض من المؤجر أو ممن انتقلت اليه الملكية
نيابة عن المؤجر أو بعد أن يحصل على تأمين كاف للوفاء بهذا التعويض
(م ٢/٦٠٥ مدنى) (١٧) .

١٧٣ - (٢) اهلية اقتسامهن :

لما كان كل شريك فى قسمة انشياء بنوعيتها ، يعتبر مؤجرا لمنفعة
حصته ومستأجرا لمنفعة حصص باقى الشركاء ، فإنه يجب أن تتوافر فيه

(١٧) السنهوري ص ١٠٨٧ وهامش (٢) - منصور مصطفى منصور
ص ١٣٦ - اسماعيل غانم ص ١٢٨ وما بعدها (هامش ١) ، ص ١٥٥ .

أهلية كل من المؤجر والمستأجر . وهي هنا أهلية الإدارة دون أهلية التصرف (١٨) .

ويتوجب على ذلك ما يأتي :

- ١ - أنه لا يجوز للقاصر المأذون له بالإدارة أن يؤجر الأراضي الزراعية والمباني لمدة تزيد على سنة إلا باذن خاص من المحكمة أو الوصي فيما يملكه من ذلك (م ٥٦ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢) .
- ٢ - أنه لا يجوز للولي بغير إذن المحكمة تأجير عقار القاصر لمدة تمتد إلى ما بعد بلوغه سن الرشد بسنة (م ١٠ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢) .
- ٣ - أنه لا يجوز للوصي تأجير عقار القاصر لمدة أكثر من ثلاث سنوات في الأراضي الزراعية ولمدة أكثر من سنة في المباني إلا باذن من المحكمة (م ٧/٣٩ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢) .
- ٤ - أنه لا يجوز للوصي تأجير عقار القاصر لمدة تزيد على ما بعد بلوغه سن الرشد لأكثر من سنة (م ٨/٣٩ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢) .
- ٥ - أنه لا يجوز تأجير الوصي أموال القاصر لنفسه أو لزوج أو لأحد

(١٨) والراجع فيها وما أخذت به محكمة النقض من التأجير من أعمال الإدارة ، أما الاستئجار ففيه خلاف . ففي رأى أنه من أعمال الإدارة وفي رأى آخر أنه يعتبر - بحسب الأصل - من أعمال التصرف وفي رأى ثالث أنه قد يكون من أعمال الإدارة وقد يكون من أعمال التصرف . ولا محل لهذا الخلاف فيما يتعلق بالقسمة فتعتبر من أعمال الإدارة إذ أن الحجة التي يستند إليها الرأى القائل أن الاستئجار من أعمال التصرف لا تستقيم مع طبيعة القسمة ، فهذا الرأى يستند إلى أن المستأجر حينما يلتزم بالأجرة فهو يلتزم بالتصرف بموض فيما ينفعه ، وفي القسمة لا يلتزم المتقاسم بالتصرف في شيء لأن الذي يقابل انتفاعه بجزء هو التزامه بسكن غيره من الانتفاع بالأجزاء الأخرى (منصور مصطفى منصور ص ١٣٦ هامش « ١ ») . كما أن الرأى الذي يذهب إلى اعتباره أحيانا من أعمال التصرف يتطلب لذلك أن يكون قصد به رأسا استقلال المال بقصد المضاربة .

أقاربها الى الدرجة الرابعة او لمن يكون الوصي نائباً عنه الا بلان المحكمة
م ٣٩/خامس عشر من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ .
٦ - أنه لا يجوز لمن لا يملك الا حق الادارة أن يقد إيجاراً تزيد مدته
على ثلاث سنوات الا بترخيص من السلطة المختصة ، فاذا عله الإيجار لمدة
أطول من ذلك ، انقضت المدة الى ثلاث سنوات ، كل هذا ما لم يوجه نص
يقضى بغيره (م ٥٥٩ مدني) ، ومثل هؤلاء الوصي والقيم والوكيل
العالم (١٩) .

ومما تجدر الإشارة اليه أن المادة ٣٥ من المرسوم بقانون رقم ١٧٨
لسنة ١٩٥٢ بالاصلاح الزراعي (٢٠) قد جعلت عقود ايجار الأراضي الزراعية
- التي تزرع بالمحاصيل المادية - مستندة امتداداً قانونياً تلقائياً بعد انتهاء
مدتها اذ نصت على أنه : (لا يجوز للمؤجر أن يطلب اخلاء الأليان المؤجرة
ولو عند انتهاء المدة المتفق عليها في العقد الا اذا أحصل المستأجر بالتزلم
جوهرى يقضى به القانون أو العقد ٥٥٠ الخ) (٢١) .

كما أن المادة ١٨ من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ فى شأن بعض
الأحكام الخاصة بتأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر ،
أسبغت الامتداد القانونى سالف الذكر على الأماكن المبنية التى يسرى عليها

(١٩) راجع منصور مصطفى منصور ص ١٣٧ - اسماعيل غانم ص
١٢٩ - عرفة ص ٤٥٧ - السنهورى ص ١٠٨٧ هامش (٢) .
(٢٠) معدلة بالقوانين ٤٠٥ لسنة ١٩٥٣ ، ٥٥٤ لسنة ١٩٥٥ ، ٥٢
لسنة ١٩٦٦ ، ٦٧ لسنة ١٩٧٥ .
(٢١) ويلاحظ ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة ٣٣ مكرراً (ز)
من ذات المرسوم بقانون المستبدلة بالقانون رقم ٩٦ لسنة ١٩٩٢ من أنه :
(تنتهى عقود ايجار الأراضي الزراعية نقداً أو مزارعة السارية وقت
العمل بأحكام هذا القانون بانتهاء السنة الزراعية ١٩٩٧/٩٦ ، ما لم يتفق
الطرفان على غير ذلك) .
وما نصت عليه المادة الثالثة من القانون ٩٦ لسنة ١٩٩٢ سالف
الذكر من أنه : (تسرى على عقود ايجار الأراضي الزراعية التى تبرم اعتباراً
من تاريخ العمل بهذا القانون الأحكام الواردة فى الفصل الأول من الباب
الثانى من الكتاب الثانى من القانون المدنى) .

جبرهم المبادئة الأولى من القوانين رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ تنصها على أنه :
(لا يجوز للمؤجر أن يطلب إخلاء المكان ولو انتهت المدة المتفق عليها في العقد
إلا لأحد الأسباب الآتية : ١٠ - الخ) .

غير أن هذا الامتداد القانوني للإيجار يتعارض مع طبيعة قسمة المهايأة ،
وقد نصت المادة ٨٤٨ من التقنين المدني على أن أحكام عقد الإيجار لا تطبق
على قسمة المهايأة إلا إذا كانت : (لا تتعارض مع طبيعة هذه القسمة) (٢٢) .
كما أن استبعاد تطبيق مبدأ الامتداد القانوني للإيجار على قسمة
المهايأة ، يلقي سنده في أن هذا المبدأ يهدف إلى حماية طبقة المستأجرين
من تصف المؤجرين ومن ثم فقواعده قاصرة على الإيجار الزراعي . أما قسمة
المهايأة فهي بمثابة الإيجار وليست إيجاراً بالمعنى الدقيق ، ومن ثم فإن
استبعاد قواعده قانوني الإصلاح الزراعي وإيجار الأماكن يستند إلى سببين
هو انتفاء لحظة الاستغلال التي أراد هذان القانونان منها ، والسبب الثاني
أن هذه القواعد قواعد استثنائية فلا يتوسع في تفسيرها (٢٣) .

١٧٤ - (٣) حقوق والتزامات طرفي المهايأة :

تترتب على حقوق والتزامات طرفي المهايأة أحكام عقد الإيجار ،
مما دامت هذه الأحكام لا تتعارض مع طبيعة القسمة .
ويترتب على ذلك على سبيل المثال :

١ - يلتزم الشركاء جميعاً بالتريميمات الضرورية ، ويسهم الشريك
الذي اختص بمقتعة جزء معين في النفقات التي تقتضيها هذه التريميمات
(م ٥٦٧ مدني) .

أما التريميمات التجارية فتكون على الشريك الذي اختص بالجزء الذي
يحتاج إلى الترميم (م ٥٨٢ مدني) .

(٢٢) في هذا المعنى محمد علي عمران ص ٣٠٧ - وإن كان يذهب إلى
عدم أعمال الامتداد القانوني لعقد الإيجار إذا كان يترتب عليه إجبار الشركاء
على البقاء في الشيوع لمدة تزيد على خمس سنوات .

(٢٣) أحمد سلامة ص ٢٦٨ هامش - السنهوري ص ١٠٨٨ هامش (١)

٢ - تسرى أحكام عقد الإيجار فيما يتعلق بالتزام سائر الشركاء بتسليم العين التي اختص بها الشريك بمقتضى القسمة ، وفيما يتعلق بالتزامهم قبله بالضمان .

٣ - تسرى أحكام الإيجار فيما يتعلق بالتزام الشريك باستعمال العين فيما أعدت له وعدم التغيير فيها والمحافظة عليها بما في ذلك مسئوليته عن الحريق وبردها عند انتهاء مدة القسمة ، والا لان غاصبا .

وفي هذا قضت محكمة النقض بتاريخ ١٩٦٩/٢/١١ في الطعن رقم ٦٦ لسنة ٣٥ ق بأن :

(مقتضى المادة ٨٤٧ من القانون المدني هو ان قسمة المهايأة الزمنية للمال الشائع لا تنهى حالة الشيوع بين الشركاء فيه ولا تعدو الغاية منها تنظيم علاقة هؤلاء الشركاء لاقتسام منفعة ذلك المال بأن يتناوبوا الانتفاع به كل منهم مدة مناسبة لحصته فيه بما يعنى مقايضة انتفاع بانتفاع كما هو الحال في عقد الإيجار . واذ تقضى المادة ٨٤٨ التالية للسادة السالفة الذكر بخضوع قسمة المهايأة من حيث حقوق والتزامات المتقاسمين لأحكام عقد الإيجار الا فيما يتعارض مع طبيعة هذه القسمة ، فان مؤدى هذين النصين ان يلتزم الشريك النهائي كما يلتزم المستأجر طبقا لنصوص القانون المدني الإيجار بأن يرد الدين المشتركة لشركائه فيها بعد انتهاء نوبته في الانتفاع بها والا كان غاصبا ويلزم بتعويض هؤلاء الشركاء عما يصيبهم من ضرر) .

اما الالتزام بدفع الأجرة فهو يتعارض مع طبيعة القسمة لأن انتفاع كل شريك بما اختص به يكون في مقابل انتفاع غيره بالأجزاء الأخرى أو بفئات العين مدة أخرى (٢٤) .

٤ - لا تسرى على قسمة المهايأة ما نص عليه المادة ٣٢ من قانون

الاصلاح الزراعى من ان : (يكون تاجر الاراضى الزراعية لمن يتولى زراعتها بنفسه ولا يجوز للمستاجر تاجيرها من الباطن او التنازل عن الايجار للغير او مشاركته فيها) ، وما تنص عليه المادة ١٨/ج من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ من انه : (لا يجوز للمؤجر أن يطلب اخلاء المكان ولو انتهت المدة المتفق عليها في العقد الا لأحد الأسباب الآتية : ٠٠٠) (ج) اذا ثبت أن المستاجر قد تنازل عن المكان المؤجر ، أو أجره من الباطن بغير إذن كتابى صريح من المالك للمستاجر الأصل ، أو تركه للغير بقصد الاستغناء عنه نهائيا ٠٠٠ الخ) ، باعتبار هذين النصين من النصوص الاستثنائية ، وقد قصد المشرع من النص الأول منع استغلال الوسيط لصفار الفلاحين والقضاء على المضاربة فى ايجار الاراضى الزراعية ، وقصد من النص الثانى المحافظة على أن يكون شغل المستاجر للمكان بالأجرة المحددة ناشئا عن ضرورة حقيقة دون أن يتخذ وسيلة للاستغلال والربح بأن يؤجره من باطنه أو تنازل عنه للغير أو يتركه له بقصد الاستغناء عنه نهائيا ، والغالب أن يكون ذلك بإيجار مرتفع ارتفاعا فاحشا يثرى به على حساب المالك ، وهذان الأمران لا محل لهما فى القسمة .

وواضح من قضاء حديث لمحكمة النقض أنها تأخذ بهذا الرأى ،

اذ قضت بتاريخ ١٩٨٩/١٢/٦ فى الطعن رقم ١٠٣٠ لسنة ٥٢ ق بأن :

(النص فى الفقرة الأولى من المادة ٨٤٦ من القانون المدنى يدل على أن للشركاء على الشيوع فى الملكية أن يتفقوا على قسمة الميازة لمدة معينة فيقسمون المال بينهم قسمة منفعة لا قسمة ملك فيختص كل منهم بجزء مفرز يعادل حصته فى المال الشائع فيستقل بإدارته واستغلاله والانتفاع به سواء بنفسه أو بواسطة غيره دون باقى الشركاء . ذلك أن الشريك بمقتضى هذه الميازة يحصل على نصيب باقى الشركاء فى منفعة الجزء الذى اختص به فى مقابل حصول الشركاء على نصيبه هو فى منفعة الأجزاء الأخرى ، ويعتبر الشريك مؤجرا لمنفعة حصته ومستاجر لمنفعة حصص الباقي من الشركاء وتطبق القواعد الخاصة بالإيجار - فيما يتعلق بحقوقه والتزاماته

وجواز الاحتجاج بالقسمة على الغير ، ويكون له تأجير المقرض النقي اختص به ايجارا نافذا في حق باقي الشركاء الذين يتمتع عليهم ممارسة هذا الحق للالتزامهم بضمان عدم التعرض ولو كانوا اصحاب أغلبية الحصص في ملكية المسال الشائع وتكون الاجازة الصنادرة منهم للغير غير نافذة في مواجهة الشريك صاحب الحق في استغلال وإدارة هذا الجزء ، ويعتق لهذا الشريك أن يحتج بهذه القسمة قبل الغير النقي استاجر من باقي الشركاء بعد القسمة ولو لم يكن عقد القسمة مشهرا إذ يعتبر الشريك في حكم المستاجر لهذا الجزء ، وطبقا لنقواعد الخاصة بعقد الايجار فانه لا يلزم شهره للاحتجاج به على الغير .

١٧٥ - (٤) اثبات قسمة المهايأة (٢٥) :

تثبت قسمة المهايأة طبقا لأحكام اثبات الايجار ، ومن ثم فانها تخضع في اثباتها لحكم القواعد العامة . فيجوز اثباتها بالبينة والترائن اذا كان محل القسمة لا تزيد قيمته على مائة جنيه ، وبالكتاب وما يقوم مقامها فيما يزيد على ذلك (م ٦٠ من قانون الاثبات معدلة بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢) .

وتسرى هذه القاعدة ولو كان محل القسمة أرضا زراعية أو احد الأماكن الخاضعة لأحكام الباب الأول من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ في شأن تأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستاجر .

ومن ثم اذا كان محل القسمة أرضا زراعية فلا انطباق لحكم الفقرة

(٢٥) كانت المادة ٩١٩ من مشروع الحكومة تبين اثبات المهايأة بكل الطرق فيما عدا المدة فكانت تشترط اثباتها بالكتابة أو ما يقوم مقامها ، والا اعتبرت غير معينة المدة ، وقد أقر مجلس النواب هذا النص (م ٩١٧) ولكن لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ اقترحت حذفه لمخالفته للقواعد العامة في الاثبات في غير حاجة ، فأضيفت الى المادة ٨٤٨ من القانون عبارة (وطرق الاثبات) وبذلك أصبح الحكم خضوع المهايأة للقواعد العامة في الاثبات (مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٦ ص ١٣٥ وما بعدها) .

الأولى من المادة ٣٦ (٢٦) التى تقضى بأن : (يجب أن يكون عقد الإيجار مزارعة أو نقدا ثابتا بالكتابة أيا كانت قيمته وكذلك كل اتفاق على استغلال أراضي زراعية ولو كانت لزراعة واحدة) .

وإذا كان محل القسمة مكانا يخضع لأحكام الباب الأول من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ فلا انطباق لحكم المادة ٢٤ التى تنص على أنه : (اعتبارا من تاريخ العمل بأحكام هذا القانون تبرم عقود الإيجار كتابة ويجب

(٢٦) هذه الفقرة أبقي عليها القانون رقم ٩٦ لسنة ١٩٩٢ بتعديل بعض أحكام المرسوم بقانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ بإصلاح الزراعي - كما أنه لم يكن هناك محل لتطبيق أحكام الفقرة الثانية من المادة المذكورة والمادتين ٣٦ مكررا ، ٣٦ مكررا (ب) الملغاة جميعا بالقانون رقم ٩٦ لسنة ١٩٩٢ سالف الذكر وكانت هذه النصوص تجرى على أن : مادة (٢/٢٦) : (ويحرر العقد من ثلاث نسخ على الأقل توقع من

أطرافه ، ويحفظ كل من المتعاقدين بنسخة منها وتودع نسخة أخرى بالجمعية التعاونية الزراعية المختصة في القرية الكائنة في زمامها الألبان المؤجرة . فإذا لم توجد جمعية في تلك القرية فيكون الإيداع بالجمعية التعاونية الزراعية المشتركة في المركز التسابعة له القرية . ويقع عبء الالتزام بالإيداع على المؤجر) .

مادة (٣٦ مكررا) : إذا امتنع المؤجر عن إيداع عقد الإيجار بالجمعية التعاونية الزراعية المختصة أو إذا امتنع أحد الطرفين عن توقيع عقد الإيجار - وجب على الطرف الآخر أن يبلغ ذلك إلى الجمعية التعاونية الزراعية المختصة .

وعلى رئيس مجلس إدارة الجمعية أو من ينوبه المجلس في ذلك أن يحيل الأمر إلى المحكمة الجزئية المختصة ، وعلى المحكمة أن تتحقق من قيام العلاقة الإيجارية ومن نوعها بكافة طرق الإثبات - فإذا ثبت لها قيام العلاقة الإيجارية أصدرت قرارا بذلك وكلفت رئيس الجمعية التعاونية الزراعية المختصة بتحرير العقد وتوقيعه نيابة عن الطرف الممتنع - وتسلم نسخة من العقد إلى كل من طرفيه وتودع نسخة منه بالجمعية مع صورة رسمية من قرار المحكمة - ويكون هذا العقد ملزما للطرفين) .

مادة (٣٦ مكررا ب) : (لا تقبل المنازعات والدعاوى الناشئة عن إيجار الأراضي الزراعية مزارعة أو نقدا أمام أية جهة إدارية أو قضائية ما لم يكن عقد الإيجار مودعا بالجمعية التعاونية الزراعية المختصة . فإذا كان عقد الإيجار مكتوبا ولم تودع نسخة منه بالجمعية التعاونية الزراعية المختصة ، فلا تقبل المنازعات والدعاوى الناشئة عن هذا العقد ممن أخل بالالتزام بالإيداع) .

اثبات تاريخها بمأمورية الشهر المقارى الكائن بدائرتها العين المؤجرة ...
ويجوز للمستأجر اثبات واقعة التأجير وجميع شروط العقد بكافة طرق
الاثبات ... (الخ) .

والعلة فى ذلك ليست فقط لانتفاء مظنة الاستغلال التى أراد
القانونان المذكوران محاربتها ولكن أيضا لأن المستأجر هنا يعتبر مالكا من
بعض الوجوه (٢٧) .

(٢٧) راجع هامش (٢٣) - أحمد سلامة ص ٢٦٨ وما بعدها - جميل
الشرقاوى ص ١١٨ هامش (٣) وقارن منصور مصطفى منصور ص ١٣٧ وما
بعدها - فبرى تطبيق المواد ٣٦ ، ٣٦ مكررا ، ٣٦ مكررا ١ - قبل الغائها -
وينتقد الراى الوارد بالمتن بقوله (٠٠ فاولا الواضع من عبارة نص المادة
٨٤٨ مدنى أن قسمة المهايأة تخضع من حيث الاثبات للقواعد الخاصة
بالايجار ، واذ كان صحيحا أن نص المادة ٣٦ اصلاح ، وهو يقرر حكما
استثنائيا ، لم يكن موجودا وقت وضع التقنين المدنى . الا ان اصول التفسير
تؤدى الى وجوب تطبيق أحكام الايجار على قسمة المهايأة سواء ما كان منها
موجودا وقت وضع التقنين المدنى وما يستجد منها بعد ذلك فلا محل اذن
للقول ان المشرع اراد اخضاع قسمة المهايأة للقواعد العامة فى الاثبات
وثانيا : لا يصح استبعاد تطبيق المادة ٣٦ على اساس أنه لا توجد مظنة
استغلال الشركاء بعضهم لبعض ، لأنه ليس من المقطوع به أن النص لم
يقصد به سوى حماية المستأجرين من استغلال المالك ، فهذا النص يمكن
بصورته الحالية الجمعيات التعاونية من العلم بمن له حق زراعة الأرض حتى
يتيسر لها القيام بوظائفها المختلفة فى شئون الزراعة ، وبالتالى لا يخلو
تطبيق النص على قسمة المهايأة من فائدة . وثالثا وأخيرا : لا يصح القول
أن نص المادة ٣٦ يتعارض كله مع طبيعة القسمة ، اذ يمكن أن يطبق على
الوجه الذى يلائم طبيعة القسمة ، وذلك على النحو الذى بيناه فى المتن) .

محتويات الكتاب

الصفحة

رقم البند

٥

تقديم

موضوع رقم (١)

٧

احكام عامة في قسمة المال الشائع

- ١ - المقصود بالملكية الشائعة •
- ٢ - مضار الملكية الشائعة •
- ٣ - انقضاء الشيوخ •
- ٤ - المقصود بقسمة المال الشائع •
- ٥ - من يحق له طلب القسمة ؟
لا يجوز للشريك طلب القسمة اذا كان مجبرا على البقاء
في الشيوخ •
- ٦ - أولا : البقاء في الشيوخ بمقتضى نص في القانون •
- ٧ - ثانيا : البقاء في الشيوخ بموجب اتفاق •
- ٨ - احكام خاصة بالاتفاق على البقاء في الشيوخ •
(ا) الاتفاق على البقاء في الشيوخ من اعمال الادارة •
(ب) يجوز أن يكون الاتفاق على البقاء في الشيوخ من
بعض الشركاء •
(ج) الحد الأقصى لمدة البقاء في الشيوخ •

الصفحة

رقم البند

- ٩ - هل الاتفاق على قسمة المصاياة يجوز دون طلب القسمة النهائية ؟
- اشتراط الواهب والموصى على الشركاء البقاء فى الشيوخ .
- ١١ - سريان الاتفاق على البقاء فى الشيوخ فى حق الخلف العام والخاص للشركاء .
- ١٢ - التمسف فى طلب القسمة .
- ١٣ - حكم التماثل فى التركة المستقبلية .
- ١٤ - وصية المورث بقسمة تركته صحيحة .
- ١٥ - جواز الرجوع عن الوصية .
- ١٦ - حالة عدم شمول القسمة جميع أموال المورث .
- ١٧ - موت بعض الورثة قبل وفاة المورث .
- ١٨ - زيادة الورثة عما كانوا عليه وقت الوصية .
- ١٩ - عدم تناول القسمة كل ديون التركة أو عدم موافقة الدائنين .
- ٢٠ - سريان أحكام القسمة على قسمة المورث عدا أحكام الفبن .
- ٢١ - أنواع القسمة .

موصوع رقم (٢)

القسمة الاتفاقية

٤١

- ٢٢ - النص القانونى .
- ٢٣ - القسمة الاتفاقية عقد تسرى عليه الأحكام العامة فى التقنين المدنى .
- ٢٤ - اختيار الشركاء لطريقة القسمة .

رقم البند

المصلحة

- ٢٥ - اتفاق بعض الشركاء على القسمة .
- ٢٦ - القسمة الملقة على شرط واقف أو فاسخ .
- ٢٧ - القسمة تحتاج الى وكالة خاصة .
- ٢٨ - اثبات القسمة .
- ٢٩ - القسمة الفعلية .
- الاجراءات الواجب اتباعها عند اجراء القسمة
في حالة وجود ناقص الأهلية بين الشركاء المشتاعين
- ٣٠ - المقصود بنقص الأهلية .
- ٣١ - النصاب القانونيان :
الأحكام الواردة بالنصين :
- ٣٢ - أولا : وجوب استئذان الوصى أو من فى حكمه المحكمة فى
قسمة أموال ناقص الأهلية .
- ٣٣ - هل يتعين على الولى الشرعى استئذان المحكمة فى قسمة
أموال ناقص الأهلية ؟
- ٣٤ - سلطة المحكمة فى الاذن بإجراء القسمة .
- ٣٥ - جزاء عدم استئذان الوصى ومن فى حكمه المحكمة فى اجراء
القسمة الاتفاقية .
- ٣٦ - بطلان القسمة نسبي مقرر لمصلحة ناقص الأهلية .
- ٣٧ - تقرير البطلان باتفاق أو حكم .
- ٣٨ - سقوط دعوى الإبطال بالتقادم .
- ٣٩ - آثار تقرير إبطال عقد القسمة .
- ٤٠ - (أ) آثار تقرير إبطال عقد القسمة فيما بين المتعاقدين .

الصفحة

رقم البند

- ٤١ - التزام ناقص الأهلية برد ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ عقد القسمة .
- ٤٢ - عبء اثبات انقضاء الأهلية .
- ٤٣ - (ب) آثار تقرير إبطال عقد القسمة بالنسبة للغير .
- ٤٤ - زوال حق إبطال عقد القسمة بإجازة ناقص الأهلية للمقد .
- ٤٥ - أثر إجازة ناقص الأهلية عقد القسمة .
- ٤٦ - اثبات إجازة ناقص الأهلية عقد القسمة .
- ٤٦ مكرر - استحالة تنفيذ القسمة .
- ٤٧ - دعوى صحة ونفاذ عقد القسمة .
- ٤٨ - قضاء النقض في شأن رسوم دعوى صحة ونفاذ عقد القسمة .
- ٤٩ - دعوى صحة ونفاذ عقد القسمة غير قابلة للتجزئة .
- ٥٠ - سلطة القاضي المستعجل في فرض الحراسة على الأموال الشائعة محل عقد القسمة .
- ٥١ - أوجه الطعن في القسمة الاتفاقية .

موضوع رقم (٣)

٨٥

نقض القسمة الاتفاقية للغير

- ٥٢ - النص القانوني .
- ٥٣ - نقض القسمة للغير قاصر على القسمة الاتفاقية .
- ٥٤ - إجازة القسمة الاتفاقية من الشريك المقبول تمنع من رفع دعوى نقض القسمة للغير .
- ٥٥ - الخبن في ذاته يبيح نقض القسمة .

رقم الجند

الصلحة

- ٥٦ - اختلاف الغبن في القسمة عن الغبن في عقد البيع •
- ٥٧ - جواز نقض القسمة الميئنة للغبن •
- ٥٨ - هل يجوز نقض قسمة التصفية للغبن ؟
- ٥٩ - الغبن في حالة تجزئة القسمة الى عدة عقود •
- ٦٠ - المبرة في نقض القسمة بحقيقة العقد •
- ٦١ - لا يجوز نقض عقد القسمة الاحتمالي بسبب الغبن •
- ٦٢ - مقدار الغبن الذي يجيز طلب نقض القسمة •
- ٦٣ - تحديد نصاب الغبن ليس من النظام العام •
- ٦٤ - عدم جواز تنازل الشريك مقدما عن الحق في طلب نقض القسمة للغبن •
- ٦٥ - المحصوم في دعوى نقض القسمة للغبن •
- ٦٦ - رفع دعوى نقض القسمة للغبن خلال سنة •
- ٦٧ - اثبات الغبن في القسمة •
- ٦٨ - الحكم الذي يصدر في دعوى نقض القسمة •
- ٦٩ - آثار القضاء بنقض القسمة •
- ٧٠ - حق المدعى عليه في وقف السير في دعوى نقض القسمة •

موضوع رقم (٤)

القسمة القضائية

١٠٠

- ٧١ - المقصود بالقسمة القضائية •
- ٧٢ - متى يلجأ الشريك في المال الشائع الى القسمة القضائية ؟
- الحصوم في دعوى القسمة •
- ٧٣ - النص القانوني •

الصفحة

رقم البند

- ٧٤ - رفع الدعوى من أحد الشركاء فى المال الشائع ضد باقى الشركاء -
- ٧٥ - الأجنبى المشتري لحصة شائعة من أحد الشركاء المشتاعين .
- ٧٦ - الأجنبى المشتري لحصة مفرزة من أحد الشركاء المشتاعين .
- ٧٧ - المالك لحصة فى الشيوع تحت شرط فاسخ أو واقف .
- ٧٨ - جواز ادخال من لم يختصم من الشركاء فى المال الشائع قبل الفصل فى دعوى القسمة .
- ٧٩ - جزاء عدم اختصام بعض الشركاء فى المال الشائع فى دعوى القسمة .

المحكمة المختصة بنظر دعوى القسمة

- ٨٠ - النصوص القانونية .
- ٨١ - المحكمة المختصة نوعيا بنظر الدعوى .
- ٨٢ - المحكمة المختصة محليا بنظر الدعوى .

كيفية اجراء المحكمة للقسمة

أولا : القسمة العينية

- ٨٣ - تمهيد .

المحلة الاولى

قسمة المال الشائع الى حصص أو التجنيد

- ٨٤ - النصوص القانونية .
- ٨٥ - اجراء القسمة .
- ٨٦ - احكام خاصة بقسمة بعض الاموال الشائعة اذا كان سبب الشيوع هو الميراث .

رقم البند **المصلحة**

٨٦ مكرر - هل يجوز أن تتضمن القسمة القضائية تقرير حق جديد ؟

المرحلة الثانية

الفصل في المنازعات التي يترها الخصوم في القسمة

- ٨٧ - النص القانوني .
- ٨٨ - تحديد المنازعات التي تثار أمام المحكمة الجزئية وما يتبع للفصل فيها .
- ٨٩ - القضاء بإحالة الخصوم إلى المحكمة الابتدائية ووقف دعوى القسمة رهين بجدية المنازعة التي يترها الخصوم .
- ٩٠ - من صاحب الحق في التمسك بوقف الدعوى حتى يفصل نهائياً في النزاع على الملكية ؟
- ٩١ - الطعن بالاستئناف في الحكم الصادر بوقف الدعوى .

المرحلة الثالثة

الحكم بإعطاء كل شريك نصيبه المقر

- ٩٢ - النص القانوني .
- ٩٣ - كيفية إعطاء كل شريك نصيبه المقر .

المرحلة الرابعة

- تصديق المحكمة الابتدائية على الحكم الصادر من المحكمة الجزئية في دعوى القسمة إذا كان من بين الشركاء غائب أو من لم تتوافر فيه الأهلية
- ٩٤ - النص القانوني .

الصفحة

رقم البند

٩٥ - متى يلزم تصديق المحكمة على حكم القسمة الصادر من المحكمة الجزئية ؟

٩٦ - المحكمة المختصة بالتصديق وما يجب التصديق عليه .

ثانيا : القسمة بطريق التصفية

٩٧ - النص القانوني .

٩٨ - متى تجرى القسمة بطريق التصفية ؟

٩٩ - المحكمة المختصة بإجراء القسمة بطريق التصفية .

١٠٠ - الحكم ببيع المال الشائع بالمزاد .

كيفية إجراء البيع :

١٠١ - أولا : بالنسبة للمقار .

١٠٢ - إحالة الى أحكام قانون المرافعات في بيان باقى أحكام البيع .

١٠٣ - جواز قصر المزايدة على الشركاء .

١٠٤ - ثانيا : بالنسبة للمنقول .

١٠٥ - هل يلزم استئذان المحكمة فى قصر المزايدة على الشركاء اذا كان بينهم غائب أو من هو ناقص الأهلية ؟

١٠٦ - قسمة الثمن بين الشركاء .

١٠٧ - هل يلزم تصديق المحكمة الابتدائية على الحكم الصادر

بتقسيم الثمن على الشركاء المشتاعين اذا كان بينهم غائب

أو من هو ناقص الأهلية ؟

وقف المحكمة لدعوى القسمة مدة لا تجاوز خمس سنوات .

١٠٨ - النقص القانوني .

الصفحة

رقم البند

- ١٠٩ - الدعوى التى يجوز وقفها •
- ١١٠ - مبررات وقف دعوى القسمة •
- ١١١ - مدة وقف دعوى القسمة •
- ١١٢ - صاحب الحق فى طلب وقف دعوى القسمة •
- ١١٣ - القضاء بوقف الدعوى جوازى •

موضوع رقم (٥)

تدخل الدائنين فى القسمة

١٥٧

- ١١٤ - النص القانونى •
- ١١٥ - مصلحة الدائنين فى المارضة فى القسمة •
- ١١٦ - الدائنون الواجب ادخالهم •
- ١١٧ - ادخال الدائنين مقصور على القسمة القضائية •
- ١١٨ - كيفية ممارسة الدائنين فى القسمة •
- ١١٩ - ميعاد المعارضة •
- ١٢٠ - اثر معارضة الدائنين فى القسمة •
- ١٢١ - ادخال الدائنين المقيدة حقوقهم قبل رفع دعوى القسمة ولو لم يمارضوا فى القسمة •
- ١٢٢ - اثر ادخال الدائنين فى دعوى القسمة •
- ١٢٣ - جزاء عدم ادخال الدائنين المعارضين أو المقيدة حقوقهم فى دعوى القسمة •
- ١٢٤ - اثر عدم تدخل الدائنين فى دعوى القسمة لعدم معارضتهم أو بعد معارضتهم ودعوتهم الى التدخل •

١٢٥. ن. متى يجوز الطعن بالاستئناف في الحكم الصادر في دعوى

القسمة ؟

١٢٦ - المحكمة المختصة بنظر الاستئناف .

١٢٧ - عدم جواز الطعن بالنقض في الأحكام الصادرة من محكمة

الدرجة الثانية في دعاوى القسمة .

١٢٨ - حجية الحكم الصادر في دعوى القسمة .

موضوع رقم (٦)

١٧٤ آثار القسمة الاتفاقية والقضائية

١٢٩ - تعداد .

أولا : الافراز

١٣٠ - المقصود بالافراز .

١٣١ - الأثر الكاشف والأثر الرجعي للقسمة .

١٣٢ - بعض المسائل التي يستتبع فيها الأثر الرجعي للقسمة .

١٣٣ - علم تعلق مبدأ رجعية التسمة بالنظام العام .

المجال الذي يطبق فيه الأثر الكاشف للقسمة

١٣٤ - أولا : مجال تطبيق الأثر الكاشف من حيث التصرفات .

١٣٥ - تصرفات معادلة للقسمة لها أثر كاشف .

١٣٦ - ثانيا : مجال تطبيق الأثر الكاشف من ناحية الأموال .

١٣٧ - ثالثا : مجال تطبيق الأثر الكاشف من ناحية الأشخاص .

النتائج التي تترتب على الأثر الكاشف للقسمة

١٣٨ - أولا : منقوط التصرفات الصادرة من الشركاء غير الشريك

الذي وقع في نصيبه جزء مفروز .

الصفحة

رقم الجند

١٣٩ - ثانيا : عدم اعتبار القسمة سببا صحيحا للملك بالتقدم

الخمسي *

١٤٠ - ثالثا : عدم اشتراط تسجيل القسمة لسريانها بين

الشركاء المتقاسمين *

١٤١ - المقصود بالغير *

١٤٢ - يجوز للغير التمسك بالقسمة غير المسجلة *

موضوع رقم (٧)

٢١٠ ضمان التعرض والاستحقاق في القسمة

١٤٣ - النص القانوني *

١٤٤ - حكمة الضمان في القسمة *

١٤٥ - العلاقة بين أحكام الضمان في البيع وأحكام الضمان في

القسمة *

الشروط الواجب توافرها لقيام

ضمان التعرض والاستحقاق

١٤٦ - الشرط الأول : وقوع تعرض أو استحقاق *

١٤٧ - الشرط الثاني : ألا يكون الاستحقاق راجعا الى خطأ

المتقاسم نفسه *

١٤٨ - الشرط الثالث : أن يكون التعرض أو الاستحقاق لسبب

سابق على القسمة *

١٤٩ - الشرط الرابع : ألا يوجد شرط حريج يعفى من الضمان *

١٥٠ - أحكام الضمان لا تتعلق بالنظام العام *

اللائحة التي تترتب على الضمان

- ١٥١ - المبدأ الذي يحكم آثار الضمان .
- ١٥٢ - الأحوال التي يرجع فيها التقاسم بالتعويض عند تحقق الضمان .
- قيمة الضمان المستحق للتقاسم الدائن بالضمان
- ١٥٣ - (أ) حالة الحكم بالاستحقاق الكلي .
- ١٥٤ - (ب) حالة الحكم بالاستحقاق الجزئي .
- ١٥٥ - (ج) توقي التقاسم الدائن بالضمان استحقاق النصيب الذي آل إليه كله أو بمضه .
- ١٥٦ - التزام الضمان مكفول بامتياز التقاسم .
- ١٥٧ - تقادم الالتزام بالضمان .

موضوع رقم (٨)

قسمة المهايأة

٢٢٢

- ١٥٨ - النصوص القانونية .
- ١٥٩ - تعريف قسمة المهايأة .
- أولاً : قسمة المهايأة الكائنة
- ١٦٠ - المقصود بقسمة المهايأة الكائنة .
- ١٦١ - مدة قسمة المهايأة الكائنة .
- ١٦٢ - تحول قسمة المهايأة الكائنة الى قسمة نهائية .
- ١٦٣ - ضرورة توافر الأهلية لتحول القسمة الى قسمة نهائية .

- ١٦٤ - حيازة الشريك على الشيوع جزءا مفرزا من المال الشائع
• خمس عشرة سنة *
- ١٦٥ - هل يجب تسجيل قسمة المهايأة المكانية ؟
- ١٦٦ - عدم جواز نقض قسمة المهايأة التي تتحول الى قسمة نهائية
• بسبب الغبن *
- ١٦٧ - قسمة المهايأة باتفاق الشركاء او بأمر القاضى الى أن تتم
• القسمة النهائية *

ثانيا : قسمة المهايأة الزمانية

- ١٦٨ - المقصود بقسمة المهايأة الزمانية •
- ١٦٩ - مدة قسمة المهايأة الزمانية •
- ١٧٠ - عدم تحول قسمة المهايأة الزمانية الى قسمة نهائية •
- أحكام تسرى على قسمة المهايأة المكانية والزمانية •
- ١٧١ - تطبيق قواعد الإيجار على قسمة المهايأة •
- ١٧٢ - (١) الاحتجاج بقسمة المهايأة على الغير •
- ١٧٣ - (٢) أهلية التقاسميين •
- ١٧٤ - (٣) حقوق والتزامات طرفى المهايأة •
- ١٧٥ - (٤) إثبات قسمة المهايأة •

ظهر للدولف

١ - احكام اليجار فى قانون الاصلاح الزراعى

(١٩٩٣)

٢ - ايجار الاماكن المخروشة وتبادل الشقق

(الطبعة الثالثة)

٣ - مدونة الفقه والقضاء فى قانون العمل الجديد - الجزء الاول

(الطبعة الثانية - نفذ)

٤ - مدونة الفقه والقضاء فى قانون العمل الجديد - الجزء الثانى (نفذ)

٥ - موسوعة الفقه والقضاء فى الاحوال الشخصية (الخطبة - الزواج -
حقوق الزوجية - العدة - متعة المطلقة)

(الطبعة الثانية)

٦ - موسوعة الفقه والقضاء فى الاحوال الشخصية (الرضاعة -

الحضانة - مسكن الحضانة فى القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ -

نفقة الاقارب)

(الطبعة الاولى)

٧ - موسوعة الفقه والقضاء والتشريع فى ايجار وبيع الاماكن الخالية -

الجزء الاول

(الطبعة الخامسة)

٨ - موسوعة الفقه والقضاء والتشريع فى ايجار وبيع الاماكن الخالية -

الجزء الثانى

- ٩ - جرائم التشرّد والاشتباه فيها وقضاء
(الطبعة الثانية)
- ١٠ - شرح قانون المبنى الجديد من التاحيتين الجنائية والمدنية
(الطبعة الأولى)
- ١١ - التجريف والتجوير وقمانن الطوب والبناء على الأرض الزراعية
(الطبعة الخامسة)
- ١٢ - صيغ دعاوى الأحوال الشخصية معلقا عليها
(الطبعة الأولى)
- ١٣ - مشكلات الملكية والحيازة فى قانونى الإصلاح الزراعى والزراعة
(الطبعة الأولى)
- ١٤ - شرح التعديلات الجديدة لقانون الإصلاح الزراعى
(الطبعة الأولى)
- ١٥ - قسمة المال الشائع واحكام دعوى الفرز والتجنيب فيها وقضاء
(الطبعة الأولى)
- ١٦ - الطفل وحنان القانون (كتاب ثقافى للطفل - نقد)
- ١٧ - ملحق بشرح التعديلات الجديدة لقانون التشرّد والاشتباه سنة
١٩٨١ (نقد)
- ١٨ - ملحق بشرح التعديلات الجديدة فى ايجار الشئق القروشة سنة
١٩٨٢ (نقد)

رقم الإيداع ١٠٤٩٥ / ١٩٩٢

4 - 4108 - 00 - 977

مطبعة أطلس

١١ ، ١٣ شارع سوق التوفيقية

تليفون : ٧٤٧٧٩٧ - القاهرة



0255827